UDC 34/35 : ISSN 0003-2565



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2019 /БРОЈ 1/ ГОДИНА LXVII

Издавач
Правни факултет Универзитета у Београду

Лектор и коректор
Ирена Поповић Григоров, Вук Тошић

Технички уредник
Јован Ђорђевић

Дизајн корица
C. I. B.

Слог и прелом
ДОСИЈЕ
СТУДИО

Штампа
ЈП Службени гласник

UDC 34/35 : ISSN 0003-2565



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2019 /БРОЈ 1/ ГОДИНА LXVII

Анали Правног факултета у Београду

Година LXVII, бр. 1/2019, стр. 1–252

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

ПРИКАЗИ

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LXVII, No. 1, 2019, pp. 1–252

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

ЧЛАНЦИ

УДК 340.132.3

CERIF: S148

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901007T

Др Зоран Р. Томић[*]

ВРЕМЕ И (У) УСТАВ(У) – ОВДАШЊЕ ПРАВО С ПОЧЕТНОМ ФИЛОЗОФСКОМ БЕЛЕШКОМ

„Кад би време било само то што мере часовници, брзо бисмо нашли одговор на питање о времену. Оно не би било ништа друго до мерљиво трајање догађаја.“

(Ридигер Зафрански, *Време*).

Време се дâ сагледавати и као идеална, ментална и као реална, објективна појава. Као мање-више стабилна, садашња „датост“, али и као „програмска“ пројекција. Време је респектабилна чињеница, однос, процес, ток: оно је чинилац законитости, компонента предвидљивости и доследности: посреди је синхронизација појава, односно процеса – и њихов континуитет. На концу, време се може сагледавати као почетак, и као крај – и као моменат, и као низ сукцесивних корака, као ограничење, као простор у коме се нешто активно одвија. А „ћутање“ – нечињење и неблаговременост представљају противправност, онда када је прописана дужност службеног, јавноправног чињења. У уставним оквирима, од преамбуле, дуж целине уставног ткива – нарочито у роковима, људским слободама и правима, правним лековима, компонентама уставности и законитости, правној сигурности, посебно у кривичном праву, затим мандатима јавних функционера, распуштању парламента, ванредном и ратном стању, променама устава и другом, на крају и у спроведбеном уставном закону – време има конститутивно, темељно и динамичко место.

Кључне речи: *Време. – Устав. – Правна сигурност. – Уставност и законитост. – Ретроактивност закона.*

[*] Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *ztomic@ius.bg.ac.rs*.

1. ЦРТИЦЕ О ВРЕМЕНУ

„Пошто је протраћио истинску вечност, човек је пао у време, у којем је успео, ако не да напредује, оно бар да живи: сигурно је да му се прилагодио. Ток овог пада и прилагођавања носи назив Историја.“[1] О времену, уз сва упрошћавања, постоје бар два опречна филозофска гледишта (на страну његов метеоролошки смисао). Прво – да је оно предискуствена, „априорна“, *идеална, ментална појава* – творевина људског ума, свести, која претходи искуству и очишћена је од њега. Полазећи од Кантовог става о времену као чистом опажају, феноменолошка[2] школа (*A. Reinach*,[3] *E. Husserl*[4] и следбеници) – уз поменуту редукцију – сматра да се методом интуиције долази до сазнања суштине предмета. Наиме, посреди је „непосредан доживљај“ сазнавања света, па и времена; логика садржана у уму предуслов је сваког искуства. Дакле, време је „ствар по себи“, унапред дата, трансцедентална.

Друго гледиште, критикујући феноменолошки прилаз безизузетне усмерености свести ка нечему (*intentio*) као махом арбитреран – истиче да је време „омотач“ света, „објективна појава јер га свест опажа као реалност“: време је однос разних „нешто“, као след догађања и догађаја. Време, каже *Р. Лукић*, нема есенцију, али има егзистенцију.[5] Но, изгледа да спорења нема о непрекидном протицању времена.[6] Опет, „вечност није бескрајно време, већ нешто различито од времена. Вечност је слика једне чежње човечанства, као и бесмртност или хришћанска вера у васкрсење душе“.[7]

Александар Дима је веровао да за зло – што важи и за неправо – постоје два лека: ћутање и време. Пристајем делимице уз овај други, нипошто не и уз онај први.

---

[1] Емил Сиоран, *Пад у време* (прев. са франц. Милица Козић), Нови Сад 2008, 131.

[2] „Феномен“ – „оно што се само собом појављује“, моменат научне свести. Феноменологија се „бави... разним врстама доживаљаја, актима свести и њиховим корелатима“. Eugen Fink, *Philosophie des Geistes*, Würzburg 1994, 161 (према Милан Узелац, *Феноменологија*, Нови Сад 2009, 16).

[3] Adolf Reinach, *Zur Phänomenologie des Rechts, Die apriorischen Grundlagen des Bürgerlichen Rechts,* Kösel-Verlag, München 1953, 226.

[4] Више о томе у књигама: Edmund Husserl, *Logische Untersuchungen*, I–II, Tübingen 1980 (orig., 1900–1901); *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*, Tübingen 1980 (orig., 1913).

[5] Радомир Лукић, *Систем филозофије права, 1. Филозофија; 2. Филозофија права*, Београд 2012, 16, 85.

[6] Едмунд Хусерл, *Предавања о феноменологији унутрашње временске свијести* (прев. Часлав Д. Копривица), Сремски Карловци – Нови Сад 2004, 36 и сл.

[7] Ридигер Зафрански, *Време*, Београд 2017, 16–17.

2. ВРЕМЕ У УСТАВУ СРБИЈЕ

Време „живи“ у сваком уставу почев од увода, од његовог ненормативног дела (где постоји) – од тзв. преамбуле, простирући се – преко целине уставног текста – на уставни закон који редовно „прати“ устав; посебно, баш је оно кључни чинилац уставног закона за спровођење устава. „Време постаје подруштвљено. У том тренутку почиње владавина часовника. Часовник није ништа друго доли друштвена институција... Подруштвљено време јесте и контролисано време... Време бива политизовано.“[8]

1. У преамбули Устава Србије полази се од државне традиције српског народа, као матичног у држави Србији, од *историјских корена српске уставности*. А помињање Косова и Метохије као интегралног дела Србије – када Србија већ више година нема фактичку власт над том територијом – више је одраз успомене на једно другачије, прошло време и призивање садржинског враћања покрајине у уставни рам Србије него друштвене и међународне реалности и извесне будућности.

Устав тежи стабилности успостављеног система у времену и простору *уз јединственост правног поретка*[9] под окриљем и на подлози дотичног, баш тог и таквог највишег правно-политичког документа све док он траје. Уз то, веома је важно уставно начело о *достигнутом нивоу људских и мањинских права* који се не може „у будућности“, у времену које тече, смањивати – већ само одржавати, односно повећавати.[10] За правну сигурност у времену итекако је важна и конкретна уставна клаузула да „права стечена улагањем капитала на основу закона не могу законом (каснијим, прим. З. Т.) да буду умањена“.[11]

Као једно од темељних за тему овога списа истичем и уставно правило *временског важења закона и других општих правних аката које се тиче забране његовог повратног деловања, ретроактивности*.[12] Наиме, сваки општи правни акт се доноси да би важио у предстојећем времену, у периоду који следи његово доношење, да би се правни субјекти по њему равнали од тренутка (или нешто касније – вид. наредна излагања) када сазнају његово значење и смисао. С једне стране, „говорити о управљању или усмеравању понашања данас, помоћу правила која ће бити донета сутра, значи говорити у

[8] *Ibid.*, 15.

[9] Чл. 4, став 1, поновљено у ст. 1 чл. 194 Устава.

[10] Чл. 20, ст. 2.

[11] Чл. 84, ст. 3, *Положај на тржишту*.

[12] Чл. 197 Устава.

празно“.[13] С друге, пак, „као и сваки други људски подухват, напор да се удовољи, често сложеним захтевима унутрашње моралности права, може да претрпи разне врсте бродолома. И управо, кад ствари крену погрешним путем, ретроактивни закон постаје неопходан као корективна мера; иако је правило кретања закона у времену унапред, ми каткад морамо да се зауставимо, окренемо и покупимо делове.“[14]

Од начелне забране ретроактивности закона и других прописа већина савремених правних система предвиђа *два легитимна одступања* од тог правила: 1) да поједине одредбе закона ипак могу важити и за период пре објављивања, односно пре њиховог ступања на снагу – али да за тако нешто мора да постоји општи интерес (то јест шире друштвено оправдање!) – што је обавезно утврдити у самом поступку доношења закона, а не накнадно; 2) у кривичној материји допушта се да каснији закон – а не онај важећи у времену/тренутку проузроковања кривичног дела – буде примењен на учиниоца, под условом да је блажи, повољнији за њега спрам оног претходећег прописа. Јер, ако је криминална политика у одређеној „тачки“ ишла у смеру који је за потенцијалне учиниоце кривичних дела мање непријатан, онда се допушта, ради једнакоправности, да такве погодности – у једном истом временском раздобљу – уживају и они који су друштвено згрешили пре него што се кривично законодавство променило у описаном смислу.

Пажњу заврeђује и питање *примене меродавне норме у смењивању законских правила у односу на појединачне правне ситуације које нису окончане.* Примерице, размотрићу законске солуције о датуму престанка радног односа оним лицима којима је у току/траје продужење радног односа по претходном/„старом“ истоврсном закону, признато појединачним правним актима надлежних органа, легално и легитимно на њему заснованим. Речју: *да ли су дотичним новим одредбама повређена стечена (!?) права тих лица ако им је по каснијем закону раније (пре истека признатог продужења!) престао радни однос?*

У целини предметне правне регулативе две су кључне одреднице. *Прва* – на подлози једног закона, одређеним наставницима је, у одговарајућем академском универзитетском поступку, продужен радни однос „до три школске године“ – а те и такве правне ситуације простиру се и у време важења истоврсног каснијег закона. Примерице: радни однос им је продужен за време од 30. септембра 2016, односно 2017. за још три школске године, то јест до 30. септембра 2019, односно 2020. године. *Друга* одредница – новим законом је из-

[13] Лон Фулер, *Моралност права*, друго издање, Београд 2011, 67.

[14] *Ibid.*, 68.

ричито прописано да нареченим наставницима радни однос престаје 30. септембра 2018. године.

Реч је о „ситуацијама у току“ (*facta pendentia)*, чињеницама, односно стањима која се простиру под режимом два сукцесивна закона – а не о свршеним чињеницама (*facta praeterita*), о већ завршеним правним појавама под режимом једног истог (ранијег) закона. *Каснији закон* је пошао од поставке о сопственом апсолутном и непосредном дејству за будућност, а без номиналног повратног деловања, без ретроактивности. Наиме, нови закон се на ситуације које је затекао – започете у режиму ранијег закона – примењује од свог ступања на снагу, уважавајући, то јест не дирајући у већ (до тада) произведена дејства претходног закона (који напречац том приликом смењује) – али уједно оштро пресецајући, превремено и изненада окончавајући правне ситуације (права и обавезе) које је претходни закон наменио да трају до тачно одређеног дана! Описана конструкција је негација тзв. органске теорије, „продуженог дејства старог закона“.[15] Она – конкретно, дејства претходног закона – хипотетички би се наставила и у време живота закона-наследника једино под условом да је тај нови закон, у својим прелазним и завршним одредбама, тако нешто сâм допустио. Али, он то није учинио. Дакле, појединим активно „затеченим“ наставницима се скраћује већ легално одобрени продужени радни период – некима за годину дана, некима чак за две школске године. Јер, уместо да иду у пензију 30. септембра 2019. или 30. септембра 2020. године – *како су правно очекивали, што им је сваком понаособ и званично написмено и утврђено/загарантовано, уздајући се у тада пуноважни матични закон и следствене академске акте донете у њихову корист, а имајући поверење у овдашње право и државу* – сви су пензионисани по сили новог закона 30. септембра 2018. године (*sic!*).

Подсећам: члан 20, став 2 Устава Републике Србије одређује: „Достигнути ниво људских и мањинских права не може се смањивати“ (*Ограничења људских и мањинских права*). А одредба става 1 члана 60 вели: „Јемчи се право на рад, у складу са законом“ (*Право на рад*). У конкретном типу случајева, достигнути ниво права на рад, утемељен на претходећем пропису је – за поједине категорије наставника – истоврсним новим а сукцесивним законом битно уназађен, умањен. То је, белодано и беспоговорно узев, учињено супротно Уставу, чиме су флагрантно нарушена њихова већ стечена, зајемчена права!

У истом контексту, учињен је и новозаконски покушај балансирања. Ипак, „понуђена“ законска (квази)компензација је слабашна, недовољна и неизвесна у сопственој операционализацији.

[15] Вид. Слободан Перовић, *Ретроактивност закона и других општих аката, Теорија сукоба закона у времену*, Београд 1987, 132 и сл.

Наиме, нови закон даје могућност уговорног продужења радног односа, по поступку који сâм предвиђа. И то: *условно* – „може се продужити" – а не мора! – по испуњењу новопрописаних услова (и то осетно строжих него што је то било до сада). *Временски* – „до две године" (значи може и краће!), рачунајући (почев) од 30. септембра 2018. године, а најдуже до краја школске године у којој наставник навршава 70. година живота.

Закључак: држим да је разматрано „коло" нових законских одредаба *дубоко неуставно и неоправдано, неправедно.* Језички, историјски и социолошки, а особито систематски и циљно тумачећи. Како са становишта уставног принципа да се једанпут „освојени" ниво субјективних права, па тако и права на рад, не сме снижавати, тако и спрам круцијалне, начелне уставне норме: „Владавина права је основна претпоставка Устава и почива на неотуђивим људским правима."[16]

Иначе, појава честих законских промена је (и) израз правне несигурности и нестабилности поретка. И овде, дакле, време има кључну улогу у прилагођавању адресата закона на те и такве нормативне новуме. „Међутим, понекад чин који је предузет с ослонцем на претходно право може да буде разваргнут, под условом да је дато некакво упозорење о предстојећој промени, при чему сама та промена не почиње да делује толико брзо а да не остави довољно времена за прилагођавање новом стању права."[17] Исти писац у прилог томе наводи и један капитални судски став: „Већ је ваљано установљено да (закон о застарелости) може да буде преобличен скраћивањем прописаног времена, али само кад се то учини док време још тече, тако да остане још нешто разумно довољног времена за отпочињање чињења пре него ли само ограничење почне да делује."[18]

На терену правне сигурности и извесности је и правило о *претходном званичном, службеном објављивању прописа пре почетка њихове примене, пре ступања на снагу*. Тако се – по правилу – оставља један временски период између та два момента, тзв. *vacatio legis*.[19] То време у овдашњем уставу износи осам дана и служи за временску „стабилизацију" тог прописа. Но, приликом доношења одређеног закона може се установити – а тада се мора и образложити! – да из „нарочито оправданих разлога" (дакле, тај изузетак мора да буде редак, крајње рестриктивно и обазриво коришћен – *rara avis*!) пропис може бити примењен и раније, па и одмах, односно дан

[16] Чл. 3, ст. 1 – *Владавина права*.

[17] Л. Фулер, 92.

[18] *Ochoa v. Hernandez y Morales*, 230 U. S. 139, s. 161–162 (1913), према Л. Фулер, 92.

[19] Чл. 196 Устава – *Објављивање закона и других општих аката*.

после објављивања, па чак од дана објављивања. Тиме се правним субјектима на које је адресован не оставља (готово) никакав простор, то јест време да се с њим упознају и припреме за његово поштовање, односно за саображавање сопственог понашања новим правним регулама.

Право на правично суђење је европска вредност, обавезна за све чланице Савета Европе. Оно укључује стандард правног (свеколиког судског, али и управног) одлучивања у разумном року.[20] Према Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода (*ЕКЉП*)[21] – коју је 2003. године ратификовала ондашња заједница Србија и Црна Гора,[22] чији је сукцесор садашња Србија као самостална и независна држава – „свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона...“[23] У складу са том капиталном одредбом, Устав међу нормама о људским правима и слободама утврђује и право на правично суђење:[24] „Свако има право да независан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и слободама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка и оптужбама против њега...“ У *Препоруци Савета Европе Р (2004) 20* о судској ревизији/контроли управних аката стоји да се „од физичких и правних лица може тражити да исцрпу средства предвиђена националним правом пре него што прибегну судској ревизији“. При томе, „поступак поводом тих правних лекова не би требало да траје дуго“,[25] што се узима у обзир приликом процењивања разумности рока у смислу члана 6 ЕКЉП. С тим у вези, европски принцип права на правично суђење у свим својим елементима (законитост, правична и јавна расправа, независан суд, разумност рока итд.), према схватању праксе Европског суда за људска права (ЕСЉП), покрива и већину управноправних

[20] Питање од када се рачуна почетак разумности рока, у управнопроцесном праву Хрватске поставља се и у судској пракси и у тамошњој правној теорији. Нарочито заслужује пажњу дискусија о разликама у становиштима ЕСЉП у Стразбуру, Управног суда Хрватске и Уставног суда Хрватске, са јасним заокретима у виђењу тог питања. Вид. Marko Šikić, „Pravo na suđenje u razumnom roku u praksi Upravnog suda Hrvatske“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 30(1)/1991, посебно 352–354, 358, 363.

[21] Она је из 1950. године (из Рима), уз касније додатне протоколе.

[22] *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03.

[23] Чл. 6 тог документа.

[24] Чл. 32.

[25] Врховни суд Србије, *Пракса Европског суда за људска права и примена европских стандарда у управном праву Србије*, Београд 2007, 144.

односа, односно и већину субјективних јавних права (а не само она грађанскоправне природе, како би се строго језичким тумачењем можда могло закључити).[26]

Приликом процењивања шта је разуман рок за правно (у првом реду, судско) поступање и одлучивање у сваком конкретном случају,[27] морају се узети у обзир све дате околности, а нарочито параметри из праксе ЕСЉП,[28] али и ставови домаћег Уставног суда.[29] Њих има четири: а) сложеност предмета; б) понашање подно-

[26] ЕСЉП, 23. октобар 1985, *Бентхем против Холандије*, пар. 32; изузетак је, на пример, свежањ спорова „у вези са правним положајем службеника који извршавају типичне цивилноправне задатке". ЕСЉП, 8. децембар 1999, *Пелелегрин против Француске*, пар. 64–67. Вид. *Пракса Европског суда за људска права и примена европских стандарда у управном праву Србије*, 47–48. У случају *Кониг против Немачке* (28. јуни 1978, серија А бр. 27, 29–30, 88–89), „суд је само сматрао примереним да истакне како израз 'грађанска' права и обавезе не сме да тумачи у смислу да се њиме прави разлика између питања које регулише приватно право и оних које регулише јавно право..." – према Жил Дитертр, *Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права*, Београд 2006, 166. Битно другачији став налазимо код Александра Јакшића (*Европска конвенција о људским правима – коментар*, Београд 2006, 174), који вели „да супстанцијално право садржано у члану 6. ЕКЉП... гарантује његовом титулару да о његовим правима и обавезама грађанскоправног карактера одлучује суд".

[27] Zehra Odyakmaz, „Time in Law and issue of reasonable period of time in administrative judiciary", *Правни живот* 11/09, 225–254 и правна књижевност тамо наведена.

[28] Вид. у: Ж. Дитертр.

[29] Примерице, ево *две одлуке Уставног суда Србија на односну тему* (према Зоран Р. Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, друго, допуњено издање, Београд 2012, 151 и сл.):

1) 1. Усваја се уставна жалба... и утврђује се да је у поступку који се пред Комисијом за враћање земљишта општине М. З. води у предмету број 461–3/91 повређено право подноситељке уставне жалбе на суђење у разумном року зајемчено одредбом члана 32. став 1. Устава Републике Србије.

2. Утврђује се право подноситељке уставне жалбе на накнаду нематеријалне штете, коју може остварити на начин предвиђен одредбама члана 90. Закона о Уставном суду.

3. Налаже се надлежним органима да предузму све неопходне мере како би се поступак из тачке 1. окончао у најкраћем могућем року.

Из образложења:

„1. Љ. Т. из М. З. је 13. маја 2009. године поднела Уставном суду уставну жалбу због повреде права на суђење у разумном року зајемченог одредбом члана 32. став 1. Устава Републике Србије, у поступку који се води пред Комисијом за враћање земљишта општине Мали Зворник у предмету број 461–3/91. Подноситељка уставне жалбе је навела да је захтев за повраћај одузете имовине из Пољопривредно задружног фонда поднет Комисији за враћање земљишта 8. априла 1991. године. Подноситељка је даље истакла да се расправе пред Комисијом заказују у дугим временским размацима, као и да је у односу на спорне парцеле донето делимично

сиоца представке; в) поступање надлежних власти; г) значај одлуке о предмету за подносиоца представке.[30]

решење, а доношење решења за остале парцеле чека већ 18 година. Сматрајући да се поступак пред Комисијом без икакве потребе одуговлачи, као и да је земљиште требало вратити подносиоцима захтева у разумном року или им исплатити новчану накнаду, подноситељка уставне жалбе је предложила да Уставни суд усвоји уставну жалбу, утврди да је у поступку који се води пред Комисијом за враћање земљишта, Министарством финансија и Врховним судом Србије повређено њено право на суђење у разумном року зајемчено одредбом члана 32. став 1. Устава...

5. Оцењујући наводе и разлоге из уставне жалбе са становишта Уставом зајемчених права на суђење у разумном року, на чију се повреду подноситељка уставне жалбе позива, а полазећи од утврђених чињеница и околности које се односе на поступак пред надлежним органима, Уставни суд је утврдио да је поступак пред Комисијом за враћање земљишта Општине М. З. покренут 8. априла 1991. године подношењем захтева за враћање одузетог земљишта од стране оца подноситељке уставне жалбе, да се подноситељка уставне жалбе укључила у поступак као правни следбеник свог оца 16. маја 2003. године и да поступак још није правноснажно окончан. Са друге стране, оцењујући период у односу на који је Уставни суд надлежан да испитује повреду права на суђење у разумном року, Суд је утврдио да је период у којем се грађанима Републике Србије јемче права и слободе утврђене Уставом и обезбеђује уставносудска заштита у поступку по уставној жалби почео да тече 8. новембра 2006. године, даном проглашења Устава Републике Србије. Међутим, полазећи од тога да поступак пред надлежним органима по својој природи представља јединствену целину која започиње покретањем поступка, а завршава се доношењем одлуке којом је поступак трајно окончан, Уставни суд је стао на становиште да су, у конкретном случају, испуњени услови да се приликом оцене разумног рока узме у обзир целокупан период трајања оспореног поступка. Када је реч о дужини оспореног поступка, Уставни суд је утврдио да он траје 18 година и да још није правноснажно окончан, с тим да од момента када се подноситељка уставне жалбе укључила у поступак, исти пред Комисијом траје шест година. Наведено трајање поступка само по себи указује да поступак није окончан у оквиру разумног рока. Међутим, полазећи од тога да је појам разумног трајања поступка релативна категорија која зависи од низа чинилаца, а пре свега од сложености правних питања и чињеничног стања у конкретном спору, понашања подносиоца уставне жалбе, понашања органа који су водили поступак, као и значаја истакнутог права за подносиоца, Уставни суд је испитивао да ли су и у којој мери наведени критеријуми утицали на дуго трајање поступка. У том смислу, Уставни суд је оценио да је у конкретном случају реч о сложеној правној ствари. Најпре, у поступку учествује већи број странка, како на страни предлагача, тако и на страни противника предлагача. Затим, имајући у виду да су имовинскоправни односи у конкретној правној ствари сложени, поступак утврђивања чињеничног стања је био веома отежан. ...Мада је подноситељка уставне жалбе у извесној мери и сама допринела продужавању трајања поступка недоласком на четири усмене расправе које су услед тога одложене, Уставни суд налази да је Комисија за враћање земљишта општине Мали Зворник наведеним неправилним и неделотворним поступањем превасходно допринела овако дугом трајању поступка од преко 18 година, посебно ако се има у виду да у оспореном поступку није правноснажно одлучено ни о једном делу захтева подноситељке уставне жалбе. Из тих разлога, Уставни суд је на основу члана 89. став 1. Закона о Уставном суду усвојио уставну жалбу и утврдио да је подноситељки уставне жалбе повређено право на суђење у разумном року, зајемчено одредбом члана 32. став 1. Устава, као у тачки 1. изреке...“

(УСС, Уж-738/2009 од 12. 11. 2009)

Веома су важне и уставне норме о *правној сигурности у кривичном праву*.[31] На првом месту, ту је древна максима *nullum crimen,*

---

2) 1. Усваја се уставна жалба М. М. и утврђује да је у поступку у предмету Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање запослених, Дирекција Београд И. 237384, повређено право подносиоца уставне жалбе на суђење у разумном року, зајемчено одредбом члана 32. став 1. Устава Републике Србије.

2. Утврђује се право подносиоца уставне жалбе на накнаду нематеријалне штете, коју може остварити на начин предвиђен одредбама члана 90. Закона о Уставном суду.

3. Налаже се надлежним органима да предузму све неопходне мере како би се поступак из тачке 1. окончао у најкраћем могућем року.

Из образложења:

...Уставни суд сматра да се при оцењивању да ли је временски рок за одлучивање управних и судских органа о праву или обавези странке разуман, у сваком конкретном случају, поред саме дужине трајања поступка, морају узети у обзир и следећи критеријуми: сложеност предмета, понашање подносиоца уставне жалбе, поступање управних и судских органа, као и то о ком праву подносиоца је у конкретном случају одлучивано.

Када је реч о дужини оспореног поступка, Уставни суд је утврдио да је до момента подношења уставне жалбе оспорени поступак трајао тринаест година и шест месеци и да још није окончан.

Наведено трајање поступка само по себи указује да поступак није окончан у оквиру разумног рока. Међутим, полазећи од тога да је појам разумног трајања судског поступка релативна категорија која зависи од низа напред наведених чинилаца, Уставни суд је испитивао да ли су и у којој мери они утицали на овако дуго трајање поступка.

У том смислу, Уставни суд је оценио да се у оспореном поступку нису поставила нарочито сложена чињенична и правна питања.

Испитујући значај предмета спора за подносиоца уставне жалбе, Уставни суд је оценио да подносилац има значајан правни и материјални интерес да се утврди да ли му је новчана накнада за телесно оштећење правилно одређена.

Оцењујући понашање подносиоца уставне жалбе, Уставни суд је закључио да подносилац није у значајнијој мери допринео дугом трајању поступка.

Испитујући понашање управних и судских органа у овој правној ствари, Уставни суд је нашао да је погрешно и неделотворно поступање Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање запослених, Дирекција Београд, Окружног суда у Н. и Врховног суда Србије превасходно допринело овако дугом трајању поступка од тринаест година и шест месеци.

У оспореном поступку, Окружни суд у Н. и Врховни суд Србије су правилно налазили да је Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање запослених, Дирекција Београд, у поступку доношења другостепеног решења чинио повреду начела оцене доказа из члана 10. ЗУП, с обзиром на то да је чињенице о телесном оштећењу слуха подносиоца утврђивао на основу налаза и мишљења органа вештачења који је по специјалности лекар неуропсихијатар. Међутим, по оцени Уставног суда, Окружни суд у Н. и Врховни суд Србије у својим пресудама, којима су поништавали решења Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање запослених, Дирекција Београд, нису давали тачне налоге наведеном органу у погледу процесних радњи које треба да предузме у поновном поступку.

nulla poene sine lege. Она је повезана са забраном ретроактивности прописа, али и за примену блажег а ранијег прописа према учиниоцу (вид. одговарајућа разматрања). Затим, временски узев, *нико се не сматра кривим унапред* – то јест невин је! – све док се супротно не докаже правноснажном кривичном пресудом. Временско „враћање"

Наиме, судови су налагали Републичком фонду за пензијско и инвалидско осигурање запослених, Дирекција Београд да, у складу са одредбама правилника којим је регулисано образовање, организација и начина рада органа вештачења, у саставу другостепеног органа вештачења буде лекар који је по специјалности оториноларинголог. Међутим, одредбама наведених правилника је предвиђено да се за обављање вештачења одређује лекар вештак чија је специјалност одговарајућа или сродна основном обољењу подносиоца, те је Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање запослених, Дирекција Београд у састав другостепеног органа вештачења именовао лекара вештака неуропсихијатра, чија је специјалност сродна основном обољењу подносиоца уставне жалбе, с обзиром на то да не располаже лекаром оториноларингологом. Стога, по оцени Уставног суда, Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање запослених, Дирекција Београд није чинио повреде одредаба поступка када у састав другостепеног органа вештачења није именовао лекара који је по специјалности оториноларинголог, јер га одредбе правилника на то нису ни обавезивале.

...По оцени Уставног суда, одговорност за неоправдано дуго трајање поступка сноси и Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање запослених, Дирекција Београд, с обзиром на то да није предузео све процесне мере предвиђене ЗУП-ом ради прибављања доказа потребних за правилно и потпуно утврђивање чињеничног стања и за доношење законитог и правилног решења. Наиме, захтев Окружног суда у Нишу и Врховног суда Србије да Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање запослених, Дирекција Београд прибави мишљење лекара оториноларинголога је у ствари захтев да вештачење буде стручно, јер такво вештачење могу да обезбеде једино стручњаци одговарајуће специјалности. Стога је, по оцени Уставног суда, Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање запослених, Дирекција Београд требао да примени члан 181. ЗУП и да сам и без налога суда затражи вештачење од научне или стручне установе која има лекара који је по специјалности оториноларинголог, с обзиром на то да се недостаци у налазу и мишљењу органа вештачења који је по специјалности неуропсихијатар нису могли отклонити ни поновним саслушањем вештака.

Уставноправна оцена спроведеног поступка у овој управноправној ствари, заснована на пракси Уставног суда, као и пракси и критеријумима Европског суда за људска права, потврђује да је у конкретном случају повређено право подносиоца уставне жалбе на суђење у разумном року...

(УСС, Уж-1369/2009 од 4. 2. 2010)

[30] Вид. опширније у Tea Gorjanc Prelević, „Pravo na suđenje u razumnom roku"*, Zbirka izabranih presuda Evropskog suda za ljudska prava u slučajevima protiv Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Makedonije, Slovenije i Srbije*, Sarajevo 2009, 29–43. Вид. и Marija Kriletić, „Odlučivanje u razumnom roku u upravnim stvarima prema praksi Evropskog suda za ljudska prava", *Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, Inženjerski biro, Zagreb 2007, *http://www.upravnisudrh.hr/dogadanja/opatija_2007/razumni_rok_kriletic.htm*, 11. јун 2018; Славољуб Царић, *Право на суђење у разумном року*, Београд 2008, 101 и след.

[31] Чл. 34 Устава.

на већ правноснажно окончан предмет – посебно путем правног средства „понављање поступка“[32] је, зарад гесла законитости, строго законски ограничено на сасвим нови (или, тек новосазнати) а респектабилан процесни материјал за одлучивање.

Уставно право на рехабилитацију и накнаду штете[33] од државе Србије, односно од другог јавног тела, има у виду *временску димензију* незаконитог лишења слободе, притвора или осуде, као и незаконит или неправилан рад јавне власти у периоду који је претходио захтеву за остваривање припадајућег права. Дакле, у питању је врста паракомпензације, новчаног карактера за нерегуларно понашање оних који би требало да спроводе правне норме, а не да их крше.

Трајање мандата органа и појединих јавних функционера уставног ранга је, исто тако, битна уставна временска одредница. Она појачава демократски карактер обављања јавних функција, озбиљност и одговорност њихових носилаца.[34] Важни су и рокови за распуштање скупштине: „Народна скупштина се распушта ако у року од 90 дана од дана конституисања не изабере Владу.“ „Народна скупштина не може да буде распуштена за време ратног или ванредног стања.“ „Истовремено са распуштањем Народне скупштине председник Републике расписује изборе за народне посланике, тако да се избори окончају најкасније за 60 дана од дана расписивања.“[35] У Уставу не пише – па се тако искрсла недумица претвара у политичко питање – шта се дешава ако се наведени рокови не поштују, односно прекораче. Тако се јављају дебаланс, па и празнине у функционисању система, које се попуњавају превасходно на два начина: 1) проналажењем солуције у духу Устава, односно коришћењем „спасоносних“ механизама (ако их има); 2) применом принципа политичке целисходности.

Леп пример резервног уставног механизма налазимо у *року за проглашење закона*.[36] Наиме, ако председник Републике у уставно постављеним роковима не прогласи један закон (и врати га Скупштини на поновно одлучивање), па то не учини ни други пут – када му буде достављен поновно изгласани закон – указ о проглашењу закона доноси председник Народне скупштине.

---

[32] Оно је предвиђено и у управнопроцесном праву у две варијанте, о чему ће бити речи касније.

[33] Чл. 35.

[34] Вид., рецимо, чл. 102, 116, 128, 144 и чл. 172, ст. 1 Устава.

[35] Вид. члан 109 Устава.

[36] Чл. 113.

Занимљива је и временска димензија правног института *интерпелације*.[37] Ту – између осталог – имамо један инструкциони и један одложни рок. Тако, „Влада је дужна да одговори на интерпелацију у року од 30 дана“: санкција за пасивност може, у крајњој линији, да буде само политичка (иако за такав случај у Уставу није ништа наведено). С друге стране, „о питању које је било предмет интерпелације не може се расправљати пре истека рока од 90 дана“.

Оцена *уставности закона и пре његовог ступања на снагу*[38] има превентивни карактер. Посреди је укрштање два процесна тока: оног редовног – изгласавање закона, чему следи његово проглашење, и оног хитног, нередовног, када се пре проглашења већ изгласаног закона – *у међувремену* – оцењује његова уставност (од Уставног суда, у року од седам дана, а по захтеву бар једне трећине народних посланика). У томе помало збуњује следећа уставна формулација: „Ако Уставни суд донесе одлуку о неуставности закона пре његовог проглашења, ова одлука ће ступити на снагу даном проглашења закона.“[39]

Из тога произлази да се тада односни закон проглашава без одредаба за које је утврђено да су неуставне. Закључак: и том приликом се показује да је у правном систему/поретку, осим *трајања*, свакад пресудан и *редослед* појединих радњи, односно предвиђених правних операција, поступака и аката. Претходно вреди и за подношење уставне жалбе: она је правно недопуштена све до процесног стадијума („момента“) исцрпљивања расположивих редовних правних средстава.[40]

А ако би се узело да постоји некаква озбиљна сумња у уставност одредбе одређеног закона док тече судски поступак пред редовним судом – могли бисмо се, теоријски и практично узев, позвати и на принцип тзв. *екцепције неуставности*. То је још један легални и легитимни правни пут. Тако, „ако се у поступку пред судом опште или посебне надлежности постави питање сагласности закона или другог општег акта са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или законом, суд ће застати са поступком и покренути поступак за оцену уставности или законитости тог акта пред Уставним судом“.[41] До-

[37] Чл. 129.

[38] Чл. 169.

[39] Ст. 4 чл. 169.

[40] Чл. 170.

[41] Чл. 63 Закона о Уставном суду (*Службени гласник РС*, бр. 109/07, 99/2011, 8/13 – одлука УС, 103/15 и 40/15 – др. закон).

кринарно, посреди је *неприменљивање (то јест избегавање) једног општег, законског или подзаконског правног акта у конкретном случају због његове неуставности, иако он формално остаје на снази, тако што се иде на директни уставноправни основ*. У том случају може се поступити на два начина: а) поступак се прекида – временска процесна пауза – и о искрслом питању неуставности обавештава уставни суд (где као такав посебан орган постоји), односно пред њим се покреће одговарајући механизам за „суђење праву" – *таква је актуелна солуција актуелног српског права*, или се пак нижи суд обраћа врховном суду матичне државе; б) непосредно се примењује устав, без прекидања поступка, чиме се проблематичан закон „прескаче". У правним системима *common law*-а, посебно у америчком праву, такви закони се због доминантне позиције врховног суда (*Federal Supreme Court*) у односу на ниже судове (то је доктрина *stare decisis*)[42] и његовог овлашћења да оцењује уставност закона[43] – аутоматски фактички „стављају у страну".[44] Следствено томе, нижи судови, примењујући одлуке највишег суда, немају потребу за прекидањем поступка, те настављају игнорисање неуставног закона у истоврсним конкретним случајевима, чиме он постепено бива „заборављен", или га пак законодавно тело пре или касније промени или замени.[45]

Период тзв. изузетних друштвених и следствених правних стања – ванредно и ратно[46] – крајње је деликатан. Али код правног института ванредног стања уметнут је – као један од одлучујућих – и јасан временски омеђујући фактор: 1) трајање ванредног стања – „најдуже 90 дана", „може се продужити за још 90 дана"; 2) током тих стања Народна скупштина потврђује одлуку о ванредном стању „у року од 48 сати од њеног доношења, односно чим буде у могућности да се састане", а Влада је дужна да уредбу о мерама одступања од људских и мањинских права поднесе на потврду Народној скупштини у року од 48 сати од њеног доношења, односно чим Народ-

[42] Упућујем на: Gero Rudolf Dolezalek, *Stare Decisis: Persuasive Force of Precedent and Old Authority* (*12th–20th Century*), Cape Town 1989; Michael J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford – New York 2008; Charles R. Calleros, *Legal Method and Writing*, 5th edition, New York 2006; Scott Hershovitz, „Integrity and Stare Decisis", *Exploring Law's Empire: the Jurisprudence of Ronald Dworkin* (ed. Scott Hershovitz), Oxford – New York 2006.

[43] Почев од 1803. чувена прецедентна одлука судије Џона Маршала у спору *Marbury v. Madison*. Вид. Миодраг Јовичић, *Велики уставни системи, елементи за једно упоредно уставно право*, Београд 1984, 101.

[44] Слично и Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 1995, 223–224.

[45] Према З. Р. Томић, 195–196.

[46] Чл. 200–202.

на скупштина буде у могућности да се састане. „У супротном, мере одступања престају да важе 24 сата од почетка прве седнице Народне скупштине одржане по проглашењу ванредног стања.“[47] Насупрот, за „ратно стање“ нема поменутих временских, већ су прописана једино ситуациона ограничења: 1) „...кад Народна скупштина не може да се састане“...; 2) мере из ратног стања „потврђује Народна скупштина кад буде у могућности да се састане“.[48]

Континуитет уставног поретка једне државе обезбеђује се (и) *поступком промене постојећег устава, односно процедуром за доношење новог устава*.[49] У тај ланац правних корака са више учесника уграђене су и поједине временске компоненте. Указаћу само на два монемта: 1) „Када се акт о промени Устава стави на потврђивање, грађани се на референдуму изјашњавају најкасније у року од 60 дана од дана усвајања акта о промени Устава“;[50] 2) „Устав не може бити промењен за време ратног или ванредног стања“.[51]

2. *Спроведбени уставни закон* редовно се у овдашњем миљеу назива Уставни закон за спровођење Устава;[52] сваки устав бива оживотворен одговарајућим процесним законом за његово спровођење. У средишту таквог прописа уставног ранга налазе се рокови за „устоличење“, за инсталацију, за почетак рада уставом предвиђених органа, за прелазак на нови уставни режим. Они су бројни: неки су дати у форми фиксног рока,[53] а неки у виду комбинације одложног и раскидног рока („најраније“ и „најкасније“), [54] неки и описно, ситуационо.[55]

3. САЖИМАЊЕ МИСЛИ

Време је трећа димензија права – уз правду и правну сигурност. Време је, осим простора, реална подлога права, али и његова конститутивна компонента. Устав се доноси у одређеном времену, чији утицај трпи. И траје одређено време. А у уставном тексту вре-

---

[47] Чл. 200, ст. 9 *in fine.* Чл. 201, ст. 2 и 5. Чл. 203–204.

[48] Чл. 201, ст. 2 и 5.

[49] Чл. 203–204.

[50] Чл. 203, ст. 8.

[51] Чл. 204.

[52] Што се тиче Устава Републике Србије из 2006, његов пратећи – спроведбени уставни закон, објављен је у *Службеном гласнику РС*, бр. 98/2006.

[53] Примерице, рок из чл. 8.

[54] Вид. чл. 3 Уставног закона о коме је реч.

[55] Као пример, вид. чл. 9, ст. 1 односног прописа.

ме је неретко одредница, ограничење, путоказ. Подвлачим: време је уједно идеална, ментална, али и реална, објективна појава. И процес, и однос, и ток. Време је чинилац уставности и законитости. У уставу је време подруштвљено, легитимно политизовано, контролисано. С друге стране, оно је и само контролор и регулатор уставних процеса. Време је чинилац хармоније, систематичности, целовитости, заокружености – и уставног текста и његовог предмета. На концу, време се може сагледавати као почетак, и као крај – и као моменат, и као низ сукцесивних корака, као ограничење, као простор, „омот" у коме се нешто активно одвија. Подсећам: „ћутање" – пасивност, и неблаговременост су неправо, онда када је прописана дужност службеног, јавноправног чињења. У *уставним оквирима*, од преамбуле, дуж целине уставног ткива – нарочито у роковима, елементима уставности и законитости, људским слободама и правима, правним лековима, правној сигурности, посебно у кривичном праву, мандатима јавних функционера, распуштању парламента, ванредном и ратном стању, променама устава и другом, на крају и у спроведбеном уставном закону – време има нужно припадајуће, темељно и динамичко место.

С друге стране, уставне временске празнине – тамо где текст устава „ћути" – нужно се морају доследно попунити: применом уставних начела, уставним обичајима и конвенцијама, као и аргументованим и постојаним ставовима уставносудске праксе. Да би право на највишем, уставном нивоу било разумно, морално и праведно, јасно и усклађено. Најзад, и једна спољна компонента времена спрам устава: сваки устав припада одређеном времену, али је важно да буде донет – па и промењен, односно замењен другим – благовремено, кад за тако нешто сазру друштвене околности, када одређени друштвени процеси буду исцрпени, други започети или тек на видику. Уставни задатак је свакад да стабилизује, кодификује, као и да мотивише и покрене. Да не заостаје за временом, да га прати, али и, у мери у којој је то по својој природи и рангу у стању, да диригује садржину наступајућих временских збивања на политичко-правном терену. Дакле, устав не сме бити фасада, која не одговара времену, друштву и држави у којој се и за које се доноси – већ њихов савремени и „отворени" одраз и смер. Отворен за напредне идеје и достигнућа свеколиког друштвеног благостања, демократије, слободе и цивилизацијског јавног поретка уроњеног у дате међународне прилике.

„Чаролија садржана у сваком новом почетку лежи у томе што се заостало време покрене, донесе оптимизам, понесе човека за собом."[56] Сећање је облик заборава, вели *Кундера*. Али, с друге стра-

[56] Р. Зафрански, 14.

не, „заборав је уметност да се почеци нађу тамо где их заправо нема“ (*Зафрански*).

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Calleros, Ch. R., *Legal Method and Writing,* 5th edition, New York 2006.

Carić, S., *Pravo na suđenje u razumnom roku*, Beograd 2008.

Dolezalek, G. R., *Stare Decisis: Persuasive Force of Precedent and Old Authority* (*12th–20th Century*), Cape Town 1989.

Дитертр, Ж., *Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права*, Београд 2006. (Ditertr, Ž., *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd 2006)

Фулер, Л., *Моралност права*, друго издање, Београд 2011. (Fuler, L., *Moralnost prava*, drugo izdanje, Beograd)

Gerhardt, M. J., *The Power of Precedent,* Oxford – New York 2008.

Gorjanc Prelević, T., „Pravo na suđenje u razumnom roku“*, Zbirka izabranih presuda Evropskog suda za ljudska prava u slučajevima protiv Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Makedonije, Slovenije i Srbije*, Sarajevo 2009.

Hershovitz, S., „Integrity and Stare Decisis“, *Exploring Law's Empire: the Jurisprudence of Ronald Dworkin* (ed. Scott Hershovitz), Oxford – New York 2006.

Husserl, E., *Logische Untersuchungen*, I–II, Tübingen, 1980 (orig., 1900–1901; *Ideen zu einer reinen Phenomenologie ubd phenomenologischen Philosophie*, Tübingen, 1980 (orig., 1913).

Хусерл, Е., *Предавања о феноменологији унутрашње временске свијести* (прев. Часлав Д. Копривица), Сремски Карловци – Нови Сад 2004. (Huserl, E., *Predavanja o fenomenologiji unutrašnje vremenske svijesti* (prev. Časlav D. Koprivica), Sremski Karlovci – Novi Sad 2004)

Јакшић, А., *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Београд 2006. (Jakšić, A., *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar*, Beograd 2006).

Јовичић, М., *Велики уставни системи, елементи за једно упоредно уставно право*, Београд 1984. (Jovičić, M., *Veliki ustavni sistemi, elementi za jedno uporedno ustavno pravo*, Beograd 1984)

Krletić, M., „Odlučivanje u razumnom roku u upravnim stvarima prema praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, Zagreb 2007.

Лукић, Р., *Систем филозофије права, 1. Филозофија; 2. Филозофија права*, Београд 2012. (Lukić, R., *Sistem filozofije prava, 1. Filozofija; 2. Filozofija prava*, Beograd 2012)

Марковић, Р., *Уставно право и политичке институције*, Београд 1995. (Marković, R., *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd 1995)

Odyakmaz, Z. „Time in Law and issue of reasonable period of time in administrative judiciary", *Правни живот* 11/09. (Odyakmaz, Z. „Time in Law and issue of reasonable period of time in administrative judiciary", *Pravni život* 11/09)

Перовић, С., *Ретроактивност закона и других општих аката, Теорија сукоба закона у времену,* Београд 1987. (Perović, S., *Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata, Teorija sukoba zakona u vremenu*, Beograd 1987)

Reinach, A., *Zur Phänomenologie des Rechts*, München 1953.

Сиоран, Е., *Пад у време* (прев. са франц. М. Козић), Нови Сад 2008. (Sioran, E., *Pad u vreme* (prev. sa franc. M. Kozić), Novi Sad 2008)

Šikić, M., „Pravo na suđenje u razumnom roku u praksi Upravnog suda Hrvatske", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 30(1)/1991.

Томић, З. Р., *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, друго, допуњено издање, Београд 2012. (Tomić, Z. R., *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, drugo, dopunjeno izdanje, Beograd 2012)

Узелац, М., *Феноменологија*, Нови Сад 2009. (Uzelac, M., *Fenomenologija*, Novi Sad 2009)

Врховни суд Србије, *Пракса Европског суда за људска права и примена европских стандарда у управном праву Србије*, Београд 2007. (Vrhovni sud Srbije, *Praksa Evropskog suda za ljudska prava i primena evropskih standarda u upravnom pravu Srbije*, Beograd 2007)

Зафрански, Р., *Време*, Београд 2017. (Zafranski, R., *Vreme*, Beograd 2017)

Zoran R. Tomić, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

TIME AND (IN) THE CONSTITUTION: DOMESTIC LAW WITH INTRODUCTORY PHILOSOPHICAL NOTE

Summary

Time can be seen as ideal, mental on one side and as realistic, objective phenomenon, on the other side. As more or less stable, present-day „givenness“ but also as „program“ projection. Time is respectable fact, relationship, process, flow: it is a factor of legality, component of predictability and consistency. It is a synchronization of occurences, proceedings and its continuity. At the end, time can be viewed as a beggining, but also as a completion – as a moment, as a series of successive steps, as a restriction, as a space where something is actively taking place. And the „silence“ in the meaning of non-performance and delay constitute an unlawful act if the duty to act in official capacity is prescribed.

Key words: *Time. – Constitution. – Legal Certainty. – Constitutionality and Legality. – Retroactivity of Law.*

Article history:
Received: 16. 6. 2018.
Accepted: 13. 12. 2018.

УДК 341.96:341.236

CERIF: S150

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901026G

Др Угљеша Грушић[*]

ПРИВАТНОПРАВНИ АСПЕКТ ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ПРОТИВПРАВНЕ ЕКСТРАТЕРИТОРИЈАЛНЕ АКТЕ[**]

Овај чланак се бави питањем да ли и у којој мери приватно право има улогу у регулисању екстратериторијалних државних аката. То питање се поставља превасходно у контексту употребе силе у међународним односима. Питање има теоријски значај јер се приватноправна одговорност државе за противправне екстратериторијалне акте налази на раскршћу како приватног и јавног права тако и унутрашњег и међународног права и, као такво, доводи у питање издржљивост фундаменталних подела и категорија на којима је савремено право засновано. Питање има и практичан значај јер приватноправне тужбе имају потенцијал да постану важан механизам за успостављање одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте. Практични значај тог питања актуелизован је у Србији поновним покретањем расправе о иницијативи да се подигну тужбе против држава чланица НАТО-а за накнаду штете која је нанета цивилима и животној средини у Србији услед бомбардовања осиромашеним уранијумом.

Кључне речи: *Одговорност државе. – Приватно право. – Међународни односи. – Употреба силе. – Упоредно право.*

---

[*] Аутор је ванредни професор Правног факултета, *University College London*, *u.grusic@ucl.ac.uk*.

[**] Ранија верзија овог рада представљена је на семинару одржаном на Институту за филозофију и друштвену теорију Универзитета у Београду 13. јуна 2018. године. Захваљујем др Александру Павловићу на позиву. Захвалан сам и др Матеји Ђуровићу и анонимним рецензентима на корисним сугестијама.

1. УВОД

Међународни сукоби, мировне мисије и борба против тероризма често доводе до противправне повреде правно заштићених интереса. Довољно је сетити се случајева противправног одузимања живота и слободе, повреде физичког и психичког интегритета и одузимања и уништавања имовине, који су почињени током сукоба у бившој Југославији, Ираку и Авганистану, и „рата против терора" који су САД покренуле након 11. септембра 2001. године.

На питање да ли је одређено чињење или нечињење одређене државе током међународног сукоба, мировне мисије или борбе против тероризма противправно обично се примењује међународно јавно право, то јест међународно хуманитарно право и право људских права. Значајно је и унутрашње јавно право, пре свега уставне гаранције људских права и слобода. У судској пракси појединих држава поставило се и питање да ли и у којој мери и приватно право има улогу у регулисању екстратериторијалних државних аката почињених у оквиру употребе силе у међународним односима. То је и главно питање којим се овај чланак бави.

Теоријски и практичан значај тог питања је велики. Теоријски значај лежи у чињеници да се приватноправна одговорност државе за противправне акте који представљају типичан израз суверености који су почињени или производе дејство на територији друге државе налази на раскршћу како приватног и јавног права тако и унутрашњег и међународног права. Мешање унутрашње и међународне сфере, приватне и јавне сфере, као и права и политике, до којег неминовно долази, доводи у питање издржљивост фундаменталних подела и категорија на којима је савремено право засновано. Стога је једно од питања којима се овај чланак бави да ли и како међународноправни и јавноправни контекст у којем се питање приватноправне одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте поставља утиче на примену правила међународног приватног права и материјалног приватног права.

Практичан значај лежи у чињеници да жртве противправних аката почињених током међународних сукоба, мировних мисија и борбе против тероризма често туже одговорну државу пред судовима те државе[1] и своје тужбе заснивају на основима деликтне одговор-

[1] Држава не може бити тужена пред судовима друге државе за *acta iure imperii*: *Мек Елхини против Ирске*, пресуда Европског суда за људска права, представка бр. 31253/96, 21. новембар 2001, (2002) 34 EHRR 13; *Лехуриту против Немачке*, пресуда Европског суда правде, случај бр. C-292/05, 15. фебруар 2007, [2007] ECR I-1519; *Јурисдикциони имунитети државе (Немачка против Италије: интервенција Грчке)*, пресуда Међународног суда правде, 3. фебруар 2012, 2012 ICJ Reports 99.

ности који постоје у приватном праву. Питање улоге приватног права у регулисању екстратериторијалних државних аката почињених у оквиру употребе силе у међународним односима има посебан значај за правнике у Србији. Познато је да су многе жртве бомбардовања Југославије које је извршио НАТО тражиле правду пред страним и међународним судовима. Пресуде у тим случајевима чине срж упоредног и међународног права о приватноправној одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте. Пресуде немачких судова су већ биле предмет анализе у овом часопису.[2] У пролеће 2018. године поново је покренута расправа о иницијативи да се подигну тужбе против држава чланица НАТО-а за накнаду штете која је нанета цивилима и животној средини у Србији услед бомбардовања осиромашеним уранијумом и најављено је подношење таквих тужби.[3] То је добар повод да се представи и оцени пракса страних судова који су се бавили приватноправним тужбама против државе за догађаје у бившој Југославији, а које су поднели тужиоци из бивше Југославије. Имајући у виду да су сличне тужбе покретане у вези са догађајима у Ираку, Авганистану и „рату против терора" и да пресуде у тим случајевима чине део правног пејзажа са којим ће се суочити жртве из Србије које желе да туже државе чланице НАТО-а, неопходна је широка упоредноправна анализа. Стога је још једно од питања којима се овај чланак бави да ли приватноправне тужбе могу бити механизам за успостављање одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте.

Овај чланак је подељен у шест делова. Након овог уводног дела следи опис контекста у којем се поставља питање приватноправне одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте. Трећи део се бави доктринама развијеним у упоредном праву које омогућавају судовима да одбаце, без улажења у меритум спора, приватноправне тужбе које се тичу спољних послова и послова одбране. Четврти део се бави различитим видовима сукоба закона до којих тужбе овог типа доводе. Пети део је посвећен питању да ли и у којој мери контекст утиче на примену меродавног материјалног приватног права анализирањем два материјалноправна питања: престанка приватноправне одговорности и застарелости. Шести, последњи део је закључак.

---

2 Александар Јакшић, „Direktklagen von Kriegsopfern gegen Staaten mit genauerem Blick auf die NATO Operation 'Allied Force' in der BW Jugoslawien: 10 Jahre Später", *Анали Правног факултета у Београду* 3/2009, 161.

3 „Први симпозијм о последицама бомбардовања", *Политика*, 18. јун 2018, *www.politika.rs/sr/clanak/405761/Prvi-simpozijum-o-posledicama-bombardovanja*, 22. фебруар 2019; „У октобру прве тужбе због болести изазваних бомбардовањем", *Политика*, 11. август 2018, *www.politika.rs/sr/clanak/409085/U-oktobru-prve-tuzbe-zbog-bolesti-izazvanih-bombardovanjem*, 22. фебруар 2019.

2. КОНТЕКСТ

Међународни сукоби, мировне мисије и борба против тероризма постоје одавно. Међутим, тужбе за успостављање приватноправне одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте релативно су новији феномен. Пресуде које се баве тим видом одговорности државе почеле су да се јављају у значајном броју у различитим државама тек почетком овог миленијума и обухватају пресуде из Италије,[4] Немачке,[5] Уједињеног Краљевства[6] и Холандије[7] у вези са сукобима и мировним мисијама у бившој Југославији, пресуде из Уједињеног Краљевства,[8] Немачке[9] и САД[10] у вези са сукобима и мировним мисијама у Ираку и Авганистану и пресуде из Аустралије,[11] Уједињеног Краљевства[12] и САД[13] у вези са „ратом против терора“. Питање које се поставља јесте шта је узроковало распрострањеност и раст броја таквих пресуда у последње две деценије.[14]

---

4 *Председник Савета министара против Марковића*, одлука Касационог суда, бр. 8157, 8. фебруар 2002.

5 Случај *Варварински мост*, пресуда Савезног суда (BGH), III ZR 190/05, 2. новембар 2006, потврђена од Уставног суда (BVerfG), 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, 13. август 2013.

6 *Контић против Министарства одбране*, пресуда Високог суда правде Енглеске, 4. август 2016, [2016] EWHC 2034 (QB). Вид. такође *Бићи против Министарства одбране*, пресуда Високог суда правде Енглеске, 7. април 2004, [2004] EWHC 786 (QB).

7 *Холандија против Мустафића и Нухановића*, пресуда Врховног суда, 6. септембар 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225; *Мајке Сребренице против Холандије*, пресуда Апелационог суда у Хагу, 27. јун 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761.

8 *Ал Џеда против државног секретара за одбрану (бр. 1)*, пресуда Дома лордова, 12. децембар 2007, [2007] UKHL 58; *Ирачки цивили против Министарства одбране*, пресуда Врховног суда, 12. мај 2017, [2016] UKSC 25; *Рахматула (бр. 2) против Министарства одбране*, пресуда Врховног суда, 17. јануар 2017, [2017] UKSC 1; *Белхаџ против Строуа*, пресуда Врховног суда, 17. јануар 2017, [2017] UKSC 3; *Алсеран против Министарства одбране*, пресуда Високог суда правде Енглеске, 14. децембар 2017, [2017] EWHC 3289 (QB).

9 Случај *Кундуз*, пресуда Савезног суда (BGH), III ZR 140/15, 6. октобар 2016.

10 Пресуде америчких судова су исувише бројне да би се набројале у једној фусноти. Вид. James E. Pfander, *Constitutional Torts and the War on Terror*, Oxford University Press, Oxford 2017; Beth Stephens *et al.*, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, Brill – Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2008[2].

11 *Хабиб против Аустралије*, пресуда Федералног суда, 25. фебруар 2010, [2010] FCAFC 12.

12 *Белхаџ против Строуа*, пресуда Врховног суда, 17. јануар 2017, [2017] UKSC 3.

13 Вид. J. E. Pfander; B. Stephens *et al*.

14 Овај чланак се неће бавити пресудама из Немачке и других држава о одговорности Немачке за догађаје из Другог светског рата. Први је разлог што су

И поред „хуманизације“ међународног јавног права до које је дошло након Другог светског рата,[15] жртве противправних аката почињених током међународних сукоба, мировних мисија и борбе против тероризма не могу да туже одговорну државу пред Међународним судом правде и већином других међународних форума због недостатка активне процесне легитимације.[16] Са становишта класичног међународног јавног права, појединце на међународном нивоу заступа и штити држава чији су држављани. Али чак и када држава одлучи да пружи дипломатску заштиту свом држављанину, поступак се не може покренути пред Међународним судом правде и другим међународним форумима против одговорне државе без њене сагласности. Главни изузетак од тих принципа су међународни судови и тела за заштиту људских права, пре свега Европски суд за људска права у Стразбуру.

Европски суд за људска права успоставио је одређена ограничења за примену Европске конвенције о људским правима на акте почињене током међународних сукоба, мировних мисија и борбе против тероризма. Та ограничења су међу главним разлозима за распрострањеност и раст броја пресуда које се баве приватноправном одговорношћу државе за противправне екстратериторијалне акте на европском континенту. Два најзначајнија ограничења су успостављена у пресудама које се тичу сукоба и мировних мисија у бившој Југославији. У случају *Банковић против Белгије*,[17] Европски суд за људска права ограничио је *ratione loci* поље примене Конвенције. У случају *Бехрами и Сарамати против Француске*,[18]

пресуде у случајевима *Варварински мост* и *Кундуз* сада водеће немачке пресуде о одговорности Немачке за противправне екстратериторијалне акте. Други је разлог што је сада неспорно (вид. фн. 1) да правила о имунитету из међународног јавног права штите Немачку од судских поступака у другим државама за *acta iure imperii*, те су стога пресуде ненемачких судова које се баве одговорношћу Немачке за догађаје из Другог светског рата донете противно међународном јавном праву. Овај чланак се такође неће бавити пресудама израелских судова које се тичу одговорности Израела која произлази из израелско-палестинског конфликта због специфичних питања којима су се те пресуде бавиле. Вид. Michael Karayanni, *Conflicts in a Conflict: A Conflict of Laws Case Study on Israel and the Palestinian Territories*, Oxford University Press, Oxford 2014.

15 Theodor Meron, *The Humanization of International Law*, Brill – Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2006.

16 Burkhard Hess, „The Private-Public Divide in International Dispute Resolution“, *Collected courses of The Hague Academy of International Law*, Tome 388, Brill – Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2017, поглавље III и 209–211.

17 Одлука Европског суда за људска права, представка бр. 52207/99, 12. децембар 2001, (2007) 44 EHRR SE5.

18 Одлука Европског суда за људска права, представке бр. 71412/01 и 78166/01, 2. мај 2007, (2007) 45 EHRR SE10.

Европски суд за људска права пресудио је да су акти војника КФОР-а приписиви искључиво Уједињеним нацијама, под чијим окриљем је КФОР успостављен, а не државама које су те војнике послале или НАТО-у. Будући да је акт бомбардовања Радио-телевизије Србије пао ван *ratione loci* поља примене Конвенције и будући да УН не могу бити тужене пред Европским судом за људска права, представке тужилаца у случајевима *Банковић*, *Бехрами и Сарамати* одбачене су као неприхватљиве. У случајевима у којима механизам за заштиту људских права који је установљен Европском конвенцијом није доступан или је неизвесно да ли је доступан, жртвама остаје да покушају да остваре правду пред судовима европских држава, заснивајући своје тужбе против одговорне државе на основима одговорности који постоје у приватном праву.

Уколико се фокус пребаци са европског континента на распрострањеност и раст броја пресуда које се баве приватноправном одговорношћу државе за противправне екстратериторијалне акте на светском нивоу, две ствари падају у очи. Прва је та да су амерички судови развили бројне доктрине које им омогућавају да одбаце, не улазећи у меритум спора, тужбе које се тичу америчких војних и безбедносних операција.[19] Друга је та да је немогућност покретања тужби пред америчким судовима које се тичу америчких војних и безбедносних операција, такозвани амерички „екстралегализам“,[20] довела до тога да жртве америчких операција неретко траже правду пред судовима америчких савезника.[21] Будући да САД не могу бити тужене пред судовима других држава за *acta iure imperii*,[22] пред неамеричким судовима су покретане тужбе против америчких савезника за њихово саучесништво у противправним актима које су починиле америчка војска и безбедносне службе.

У овом делу чланка показали смо да су се распрострањеност и раст броја пресуда које се баве приватноправном одговорношћу државе за противправне екстратериторијалне акте у протекле две деценије догодили из неколико разлога. Један је тај што је таква приватноправна одговорност државе алтернатива одговорности по основима који постоје у међународном јавном праву и што ограничења за успостављање одговорности државе која постоје у међународном

[19] Вид. J. E. Pfander; B. Stephens *et al*.

[20] Kent Roach, „Substitute Justice: Challenges to American Counterterrorism Activities in Non-American Courts“, *Mississippi Law Journal* 5/2013, 907, 917.

[21] *Ibid*. Вид. *Белхаџ против Строуа*, пресуда Врховног суда Уједињеног Краљевства, 17. јануар 2017, [2017] UKSC 3; *Хабиб против Аустралије*, пресуда Федералног суда Аустралије, 25. фебруар 2010, [2010] FCAFC 12; *Арар против Канаде*, тужба доступна на *www.falconers.ca/wp-content/uploads/2016/09/Ara-Statement-of-Claim.pdf*, 22. фебруар 2019.

[22] Вид. фн. 1.

јавном праву или не постоје или се не испољавају на исти начин у приватном праву. Други разлог је тај што се због немогућности покретања тужби које се тичу америчких војних и безбедносних акција пред америчким судовима покрећу тужбе пред неамеричким судовима против америчких савезника за њихово саучесништво у противправним актима које су починиле америчка војска и безбедносне службе. Још један разлог општег карактера је тај што је „наша култура... прожета правом уопште, а посебно људским правима, до те мере да су чак и они државни акти који су доскора били посматрани као типичан израз суверене власти потпали под лупу јавности, како у јавном говору тако и пред судовима“.[23]

3. ДОКТРИНЕ КОЈЕ ИСКЉУЧУЈУ УЛОГУ СУДОВА У СТВАРИМА КОЈЕ СЕ ТИЧУ СПОЉНИХ ПОСЛОВА И ПОСЛОВА ОДБРАНЕ

Подела права на приватно и јавно једна је од фундаменталних подела на којима су заснована скоро сва савремена права. По уобичајеном и донекле упрошћеном схватању, приватно право се бави регулисањем приватноправних односа који настају између појединаца и привредних друштава; јавно право регулише активности државе, то јест надлежности и односе између органа државне власти и однос између органа државне власти и грађана.[24] Иако је у многим правним системима начелно могуће поднети тужбу против државе за накнаду штете по правилима приватног права чак и када држава наступа у званичном својству,[25] приватноправне тужбе против државе за противправне екстратериторијалне акте у многим правним системима или нису дозвољене или су предмет значајних ограничења. Разлог је у томе што се такве приватноправне тужбе налазе на раскршћу приватног и јавног права и што гравитациона сила јавног права преовлађује.

Приватноправне тужбе против државе за противправне екстратериторијалне акте тичу се спољних послова и послова одбране. Ти послови су у већини правних система у надлежности извршне власти јер то омогућава њихово ефикасно обављање. Да би се заштитила надлежност извршне власти и да би се обезбедило да држава наступа са једним гласом, у упоредном праву су развијене

[23] Marko Milanović, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford University Press, Oxford 2011, 5.

[24] B. Hess, 71.

[25] Вид. Duncan Fairgrieve, *State Liability in Tort: A Comparative Law Study*, Oxford University Press, Oxford 2003.

доктрине које омогућавају судовима да одбаце, не улазећи у меритум спора, приватноправне тужбе које се тичу спољних послова и послова одбране. Такве доктрине су развијене у Уједињеном Краљевству, Италији, Немачкој и САД.

У енглеском праву постоје две повезане доктрине које омогућавају енглеским судовима да одбаце приватноправне тужбе против органа или представника британске државе за противправне екстратериторијалне акте.[26] Прва је доктрина државног акта Круне (*Crown act of state*). Друга је доктрина страног државног акта (*foreign act of state*). Доктрина државног акта Круне примењује се у случајевима чињења или нечињења органа или представника британске државе која су ти органи или представници предузели у званичном својству. Доктрина страног државног акта примењује се у случајевима када се пред енглеским судовима постави питање признања и пуноважности закона и суверених аката страних држава. Доктрина страног државног акта је стога значајна у поступцима по тужбама против Уједињеног Краљевства за саучесништво у противправним актима које су починиле војска и безбедносне службе САД или друге стране државе. У 2017. години Врховни суд Уједињеног Краљевства донео је две пресуде које су се бавиле тим двема доктринама, а Високи суд правде Енглеске донео је још једну значајну пресуду која се бавила доктрином државног акта Круне.

У случају *Рахматула (Rahmatullah) (бр. 2) против Министарства одбране*,[27] Врховни суд Уједињеног Краљевства је одлучио да доктрина државног акта Круне обухвата два различита принципа. Први је принцип према којем одређени акти високе политике извршне власти почињени приликом обављања спољних послова, попут објаве рата и мира, закључивања међународних уговора и анексије и предаје територије, по својој природи не могу бити предмет судских поступака. Такви акти су ван уставних овлашћења судова према енглеским правилима о подели власти те их судови не могу контролисати. Према другом принципу, доктрина државног акта Круне представља одбрану од тужбе засноване на основима деликтне одговорности који постоје у приватном праву. Доктрина државног акта Круне у том смислу се примењује када тужбу покреће страни држављанин против британске државе која се тиче аката почињених у иностранству ради извршења званичних политика Уједињеног Краљевства из области спољних послова, чак и уколико предмет тужбе у начелу може бити предмет судских поступака. Врховни суд Уједињеног Краљевства накнадно је објаснио да се доктрина држав-

[26] Вид. Campbell McLachlan, *Foreign Relations Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2014, поглавља 7 и 12.

[27] 17. јануар 2017, [2017] UKSC 1.

ног акта Круне примењује без обзира на то да ли су акти или политике у питању у складу са правилима међународног јавног права.[28]

Једно од питања које је остало отворено након *Рахматуле* јесте да ли се доктрина државног акта Круне примењује уколико су акти или политике у питању незаконити према правилима енглеског јавног права. Тим питањем се бавио Високи суд правде Енглеске у случају *Алсеран (Alseran) против Министарства одбране*.[29] Суд је одлучио да се доктрина државног акта Круне не примењује на акте или политике који могу бити предмет судских поступака и који су незаконити према правилима енглеског јавног права. *Ultra vires* акти и политике немају правно дејство и стога могу довести до приватноправне одговорности државе. Примери *ultra vires* аката и политика јесу мучење и нехумано поступање према затвореницима, намерна употреба смртоносне силе против цивила и неоправдани притвори затвореника.[30] Према мишљењу суда, такви акти и политике су незаконити према правилима енглеског јавног права зато што су противни правилима међународног јавног права, то јест међународног хуманитарног права и међународног права људских права.[31] Значај случаја *Алсеран* лежи у чињеници да је суд у тој пресуди суштински ограничио доктрину државног акта Круне путем установе јавног поретка и да садржина јавног поретка зависи од правила међународног хуманитарног права и међународног права људских права.

У случају *Белхаџ (Belhaj) против Строуа (Straw)*,[32] Врховни суд Уједињеног Краљевства се бавио доктрином страног државног акта. Суд је објаснио да је та доктрина део енглеског међународног приватног права и да обухвата три различита принципа. Трећи принцип, који је једини значајан за потребе овог чланка, јесте да ће се суд уздржати од одлучивања и критиковања одређених суверених аката које је страна држава предузела у иностранству ван своје територије. Приликом одлучивања о томе да ли ће применити доктрину страног државног акта, суд мора да узме у обзир не само уставна правила о подели власти и суверену природу аката стране државе, већ и да утврди да ли се и у којој мери акти стране државе тичу основних људских права на слободу, права на правично суђење и неповредивост физичког и психичког интегритета. Доктрина страног државног акта је стога такође ограничена установом јавног поретка, чија

[28] Ово накнадно објашњење Врховног суда наведено је у *Алсеран против Министарства одбране*, пресуда Високог суда правде Енглеске, 14. децембар 2017, [2017] EWHC 3289 (QB), пара. 48.

[29] *Ibid*.

[30] *Ibid*., пара. 71.

[31] *Ibid*., пара. 327 и 328.

[32] 17. јануар 2017, [2017] UKSC 3.

садржина зависи, између осталог, од правила међународног права људских права. Та доктрина до сада још није довела до одбацивања приватноправних тужби против британске државе за противправне екстратериторијалне акте.[33]

Италијански Касациони суд је развио доктрину сличну енглеској доктрини државног акта Круне у случају *Председник Савета министара против Марковића*.[34] Случај се тицао одговорности Италије за накнаду штете која је нанета тужиоцима као последица НАТО бомбардовања Радио-телевизије Србије. Тужба против Италије била је заснована на правилима италијанског Грађанског законика о деликтној одговорности. Касациони суд је одлучио да италијански судови немају надлежност да разматрају тужбени захтев тужилаца:

> „Избор средстава која ће се користити за спровођење непријатељстава је акт владе. То су акти којима се извршавају политичке функције и Устав предвиђа да се оне уступају уставном телу. Природа таквих функција искључује сваку тужбу за заштићени интерес у вези са истима... У вези са актима тог типа, ниједан суд нема овлашћење да преиспита начин на који је функција извршена."[35]

Осим тога, италијански закони који имплементирају у италијанско право међународне споразуме којима се регулише спровођење непријатељстава не признају појединачно право на накнаду штете која је нанета услед спровођења непријатељстава противно правилима међународног јавног права.

Незадовољни том пресудом, тужиоци су тужили Италију за повреду права на правично суђење гарантовано чл. 6 Европске конвенције о људским правима пред Европским судом за људска права. Тај суд је одбио представку из разлога што италијански Касациони суд није лишио тужиоце права на утврђивање меритума њиховог тужбеног захтева већ је само испитао њихове тужбене захтеве у складу са италијанским материјалним правом.[36]

И немачки судови су се у два случаја бавили искључењем улоге судова у стварима које се тичу спољних послова и послова одбране. Случај *Варварински мост* тицао се одговорности Немачке за накнаду штете која је нанета тужиоцима као последица НАТО бомбардовања

[33] Аустралијско право је слично: вид. *Хабиб против Аустралије*, пресуда Федералног суда, 25. фебруар 2010, [2010] FCAFC 12.

[34] Одлука Касационог суда, бр. 8157, 8. фебруар 2002.

[35] *Ibid.*, пара. 2.

[36] *Марковић против Италије*, пресуда Европског суда за људска права, представка бр. 1398/03, 14. децембар 2006, (2007) 44 EHRR 52.

моста у Варварину. Тужба против Немачке била је заснована на правилима немачког Грађанског законика и Устава која се односе на одговорност државе. Првостепени суд је одлучио да се немачка правила о одговорности државе не могу применити у том случају.[37] Другостепени суд је прихватио, први пут у немачкој судској пракси, начелну могућност примене немачких правила о одговорности државе на противправне суверене акте почињене током међународних ратних дејстава.[38] Другостепени суд је, међутим, одбио тужбени захтев пошто је нашао да акт бомбардовања моста у Варварину не може бити приписан Немачкој. Савезни суд је одбио тужбени захтев из истог разлога и истовремено напоменуо да не мора да донесе одлуку о могућности примене немачких правила о одговорности државе на противправне суверене акте почињене током међународних ратних дејстава.[39] Уставни суд је одбацио уставну жалбу тужилаца због слабог изгледа за успех тужбеног захтева.[40] Тај суд је потврдио да обичајно међународно право не признаје појединачно право на накнаду штете која је нанета услед спровођења непријатељстава противно правилима међународног јавног права. Уставни суд се такође није бавио питањем да ли се немачка правила о одговорности државе могу применити на противправне суверене акте почињене током међународних ратних дејстава.

Кундуз је други релевантан немачки случај. Тај случај се тицао накнаде штете која је нанета тужиоцима као последица једног немачког бомбардовања у Авганистану. Тужба против Немачке била је заснована на немачким правилима о одговорности државе. Првостепени суд је одлучио да се немачка правила о одговорности државе начелно могу применити на противправне суверене акте почињене током међународних ратних дејстава.[41] Првостепени суд је, међутим, одбио тужбени захтев пошто је нашао да бомбардовање у Кундузу није било противно правилима међународног хуманитарног права. Другостепени суд је одбио тужбени захтев из истог разлога.[42] Савезни суд је такође одбио тужбени захтев, али због тога што је одлучио – супротно одлуци првостепеног суда у случају *Варварин* и одлукама нижих судова у случају *Кундуз* – да се немачка правила о одговорности државе не могу применити на противправне суверене акте почињене током међународних ратних дејстава.[43]

[37] LG Bonn, 1 O 361/02, 10. децембар 2003.

[38] OLG Köln, Az 7 U 8/04, 28. јул 2005.

[39] BGH, III ZR 190/05, 2. новембар 2006.

[40] BVerfG, 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, 13. август 2013.

[41] LG Bonn, 1 O 460/11, 11. децембар 2013.

[42] OLG Köln, 7 U 4/14, 30. април 2015.

[43] BGH, III ZR 140/15, 6. октобар 2016.

Амерички „екстралегализам“,[44] то јест непостојање судске контроле америчких војних и безбедносних операција, већ је поменут. Њега омогућавају бројна правила као што су недоступност *Бивенс (Bivens)*[45] тужби за накнаду штете за уставне деликте, доктрина политичког питања, правила о подређености судске осталим облицима власти у питањима националне безбедности, доктрина квалификованог имунитета, строга правила о активној процесној легитимацији, правила о државним тајнама итд.[46]

Од свих судова који су се бавили приватноправном одговорношћу државе за противправне екстратериторијалне акте, једино судови Холандије нису развили доктрине које би им омогућиле да одбаце такве тужбе.[47]

Овим упоредноправним прегледом показали смо да унутрашње јавно право има велики утицај на приватноправне тужбе против државе за противправне екстратериторијалне акте. На једном крају спектра су судови Италије, Немачке и САД који су развили веома строге доктрине које искључују улогу судова у стварима које се тичу спољних послова и послова одбране. На другој страни спектра су судови Холандије који нису развили такве доктрине. Негде у средини налазе се енглески и аустралијски судови који су развили доктрине државног акта Круне и страног државног акта, али су их истовремено ограничили установом јавног поретка.

4. СУКОБ ЗАКОНА И ПРИВАТНОПРАВНА ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ПРОТИВПРАВНЕ ЕКСТРАТЕРИТОРИЈАЛНЕ АКТЕ

Чињеница да се приватноправна одговорност државе за противправне екстратериторијалне акте налази на раскршћу како приватног и јавног права тако и унутрашњег и међународног права узрокује два квалитативно различита вида сукоба закона. Први вид сукоба закона јесте класичан сукоб закона две или више држава које су повезане са случајем. Будући да су права свих држава начелно једнака са становишта примене мултилатералних колизионоправних норми, такав вид сукоба закона може се назвати „хоризонталним“ сукобом закона.

[44] K. Roach, 917.

[45] *Бивенс против шест непознатих агената Федералног бироа за наркотике*, пресуда Врховног суда, 21. јун 1971, 403 US 388 (1971).

[46] Вид. J. E. Pfander; K. Roach; B. Stephens *et al.*

[47] Вид. *Холандија против Мустафића и Нухановића*, пресуда Врховног суда, 6. септембар 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225, пара. 3.18.3; *Мајке Сребренице против Холандије*, пресуда Апелационог суда у Хагу, 27. јун 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761, пара. 39.1 и 39.2.

Постоје одређена питања која се тичу приватноправне одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте на чије решавање је теоријски могуће применити не само правила унутрашњег права већ и директно правила међународног јавног права. Таква питања изазивају сукоб унутрашњег и међународног права. Будући да према традиционалном схватању унутрашње и међународно право постоје и дејствују на различитим нивоима, такав вид сукоба закона може се назвати „вертикалним" сукобом закона. Комбинација „хоризонталног" и „вертикалног" сукоба закона може се чак назвати и сукобом закона у „три димензије".[48]

У упоредном праву су се развила два приступа за решавање „хоризонталног" сукоба закона у случајевима који се тичу приватноправне одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте. Већина права стаје на становиште да јака веза која у таквим случајевима постоји између приватног и унутрашњег јавног права доводи до примене права државе која је предузела акте у питању. Будући да пред судовима једне државе не могу бити тужене друге државе за *acta iure imperii*, први приступ увек доводи до примене *lex fori*. Тај приступ је одувек постојао у Немачкој, где су правила о одговорности државе садржана у пара. 839(2) немачког Грађанског законика и чл. 34 Устава (Основног закона).[49] Исти приступ су заузели и аустралијски судови у случају *Хабиб (Habib) против Аустралије*,[50] у којем је Аустралија била тужена за деликте противправног вршења службене дужности (*misfeasance in public office*) и намерног, али посредног наношења штете (*intentional but indirect infliction of harm*), које познаје аустралијско обичајно право. Након почетног лутања,[51] и холандски судови су одлучили да се на питање одговорности Холандије за догађаје у Сребреници, у складу са колизионим нормама садржаним у холандском обичајном праву и чл. 10:159 холандског Грађанског законика, примењује холандско право, односно чл. 6:162 холандског Грађанског законика.[52]

---

[48] C. McLachlan (2014); C. McLachlan, „The Allocative Function of Foreign Relations Law", *British Yearbook of International Law* 2012, 349.

[49] Вид. пресуде немачких судова у случајевима *Варварин* и *Кундуз*. Вид. такође и праксу немачких судова у вези са одговорношћу државе за догађаје из Другог светског рата: Jan von Hein, „The Law Applicable to Governmental Liability for Violations of Human Rights in World War II: Questions of Private International Law from a German Perspective", *Yearbook of Private International Law* 2001, 185.

[50] Пресуда Федералног суда, 25. фебруар 2010, [2010] FCAFC 12.

[51] Вид. пресуду у случају *Холандија против Мустафића и Нухановића*, 6. септембар 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225, у којој је Врховни суд Холандије применио право Босне и Херцеговине, као *lex loci delicti*, на приватноправну одговорност Холандије за догађаје у Сребреници.

[52] *Мајке Сребренице против Холандије*, пресуда Апелационог суда у Хагу, 16. јул 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8562, пара. 4.166–4.172, потврђено у пресуди

Други приступ, који заузимају енглески судови, јесте примена *lex loci delicti*. Енглески судови долазе до тог резултата применом колизионих норми за деликте садржаних у Закону о међународном приватном праву (различите одредбе) из 1995. године (*Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*), чији одељак 11 упућује, у случајевима који се тичу повреде физичког или психичког интегритета, на примену права државе у којој се жртва налазила у тренутку када је претрпела повреду. Енглески судови су стали на становиште да јавноправни контекст у којем се питање приватноправне одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте поставља није довољан за примену клаузуле одступање из одељка 12 и тиме за примену енглеског права.[53]

На први поглед се чини да је приступ енглеских судова либералан будући да омогућава примену права стране државе на чијој је територији дошло до повреде правно заштићеног интереса на приватноправну одговорност Уједињеног Краљевства за противправне екстратериторијалне акте. Такав поглед, међутим, не узима у обзир чињеницу да су енглески судови заузели становиште, уз одступање од стандардне праксе,[54] да ће приватноправна тужба против Уједињеног Краљевства за противправне екстратериторијалне акте бити одбачена због недостатка доказа уколико тужилац није у стању да докаже садржину страног права.[55] Доказивање садржине страног права у таквим случајевима може бити тешко будући да се држава чије право треба доказати често налази у конфликтној ситуацији или излази из конфликтне ситуације те стога садржина страног права по природи ствари може бити нејасна. Примера ради, Високи суд правде Енглеске приметио је у случају *Ал Џеда (Al-Jedda) против државног секретара за одбрану (бр. 2)*[56] да постоји „приличан ниво конфузије у ирачком правном систему, а вероватно и међу законодавцима, у вези

Апелационог суда у Хагу, 27. јун 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761.

53 *Ал Џеда против државног секретара за одбрану (бр. 1)*, пресуда Апелационог суда Енглеске, 29. март 2006, [2006] EWCA Civ 327, пара. 100–107, потврђено у пресуди Дома лордова, 12. децембар 2007, [2007] UKHL 58, пара. 40–43; *Белхаџ против Строуа*, пресуда Високог суда правде Енглеске, 20. децембар 2013, [2013] EWHC 4111 (QB), пара. 119–144, потврђено у пресуди Апелационог суда Енглеске, 30. октобар 2014, [2014] EWCA Civ 1394, пара. 134–160.

54 За стандардну праксу по којој се примењује енглеско право уколико тужилац није у стању да докаже садржину страног меродавног права вид. Lawrence Collins (ed.), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, London 2012^{15}, поглавље 9.

55 *Белхаџ против Строуа*, пресуда Апелационог суда Енглеске, 30. октобар 2014, [2014] EWCA Civ 1394, пара. 149–159.

56 Пресуда Високог суда правде Енглеске, 5. март 2009, [2009] EWHC 397 (QB).

са променама у протеклих неколико година“.[57] У случају *Мохамед (Mohammed) против Министарства одбране*[58] Високи суд правде Енглеске приметио је да је „правни систем Авганистана био скоро потпуно уништен када су Авганистаном владали Талибани и морао је бити поново изграђен“.[59] Из тих разлога, становиште енглеских судова да ће приватноправна тужба против Уједињеног Краљевства за противправне екстратериторијалне акте бити одбачена уколико тужилац није у стању да докаже садржину страног меродавног права заправо може да стави тужиоца, коме по природи ствари може бити тешко да докаже садржину страног права, у неповољан положај. Стога је изражено мишљење да енглеска правила међународног приватног права, то јест енглеске колизионе норме у садејству са правилима о утврђивању садржине и примени страног права, заправо представљају инструмент сличан доктринама државног акта који може да омогући енглеским судовима да одбаце тужбу, не улазећи у меритум спора.[60]

У међународном јавном праву постоје правила о приписивости аката којима се, између осталог, утврђује да ли су чињења и нечињења војника једне државе који учествују у међународним сукобима, мировним мисијама и борби против тероризма под окриљем неке међународне организације приписиви држави која је војнике упутила или међународној организацији.[61] То питање је веома значајно јер међународне организације не могу бити тужене пред домаћим и међународним судовима.[62] Унутрашње право сваке државе такође има правила о приписивости аката. У случајевима у којима се поставља питање приписивости аката војника и припадника безбедносних служби једне државе који учествују у међународним сукобима, мировним мисијама и борби против тероризма под окриљем неке међународне организације, сукоб закона се не јавља само између закона две или више држава које су повезане са случајем, већ и између унутрашњег и међународног права.

---

57 *Ibid*., пара. 46.

58 Пресуда Високог суда правде Енглеске, 2. мај 2014, [2014] EWHC 1369 (QB).

59 *Ibid*., пара. 64. Вид. такође *ibid*., пара. 69.

60 Matthew Nicholson, „The Political Unconscious of the English Foreign Act of State and Non-Justiciability Doctrine(s)“, *International and Comparative Law Quarterly* 4/2015, 743, 769–770 и 776.

61 *Бехрами и Сарамати против Француске*, одлука Европског суда за људска права, представке бр. 71412/01 и 78166/01, 2. мај 2007, (2007) 45 EHRR SE10.

62 *Ibid*. *Мајке Сребренице против Холандије и УН*, пресуда Врховног суда Холандије, 13. април 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999, потврђена од Европског суда за људска права у случају *Фондација Мајке Сребренице против Холандије*, представка бр. 65542/12, 11. јун 2013, (2013) 57 EHRR SE10.

У упоредном праву не постоји сагласност о решавању таквог „вертикалног“ сукоба закона. Судови Енглеске и Холандије на питање приписивости аката њихових војника који учествују у међународним сукобима и мировним мисијама под окриљем неке међународне организације директно примењују правила међународног јавног права.[63] С друге стране, у пресудама немачких судова којима су у случају *Варварин* одбијени тужбени захтеви пошто акт бомбардовања моста у Варварину није могао бити приписан Немачкој[64] нема назнаке да се на питање приписивости аката има применити било које друго право осим немачког. Нажалост, ниједан од судова који се бавио питањем приписивости аката није образложио зашто се правилима из једног правног система (то јест из међународног јавног права/унутрашњег права) даје предност у односу на правила из другог правног система.

Правила међународног јавног права нису значајна само за питање приписивости аката. Већ је поменуто да у енглеском праву установа јавног поретка, која обухвата одређена правила међународног јавног права, ограничава доктрине државног акта Круне и страног државног акта. Немачки и холандски судови су узимали у обзир правила међународног јавног права да би утврдили одговорност државе по правилима садржаним у пара. 839(2) немачког Грађанског законика и чл. 34 Устава,[65] односно чл. 6:162 холандског Грађанског законика.[66]

5. УТИЦАЈ КОНТЕКСТА НА ПРИМЕНУ МЕРОДАВНОГ МАТЕРИЈАЛНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА

У овом делу рада бавимо се питањем да ли и у којој мери контекст у којем се поставља питање приватноправне одговорности

---

[63] За Енглеску, вид. *Ал Џеда против државног секретара за одбрану (бр. 1)*, пресуда Дома лордова, 12. децембар 2007, [2007] UKHL 58; *Мохамед против Министарства одбране*, пресуда Високог суда правде Енглеске, 2. мај 2014, [2014] EWHC 1369 (QB); *Контић против Министарства одбране*, пресуда Високог суда правде Енглеске, 4. август 2016, [2016] EWHC 2034 (QB). За Холандију, вид. *Холандија против Мустафића и Нухановића*, пресуда Врховног суда, 6. септембар 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225; *Мајке Сребренице против Холандије*, пресуда Апелационог суда у Хагу, 27. јун 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761.

[64] OLG Köln, Az 7 U 8/04, 28. јул 2005; BGH, III ZR 190/05, 2. новембар 2006; BVerfG, 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, 13. август 2013.

[65] У случају *Кундуз*, Савезни суд Немачке је, након што је одлучио да се немачка правила о одговорности државе не могу применити на суверене акте почињене током међународних ратних дејстава, одбио тужбени захтев из разлога што бомбардовање у Кундузу није било противно правилима међународног хуманитарног права: BGH, III ZR 140/15, 6. октобар 2016.

[66] *Мајке Сребренице против Холандије*, пресуда Апелационог суда у Хагу, 27. јун 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761.

државе за противправне екстратериторијалне акте утиче на примену материјалног приватног права. Да би се одговорило на то питање, биће анализирана два материјалноправна питања: престанак приватноправне одговорности и застарелост. Оба питања су до сада разматрана у овом контексту само у пракси судова из Уједињеног Краљевства, што није изненађујуће будући да су само енглески судови показали спремност да примењују страно право као *lex loci delicti* у случајевима који се тичу приватноправне одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте.

5.1. Престанак приватноправне одговорности

Већ је поменуто да држава не може бити тужена пред судовима других држава за *acta iure imperii*.[67] У два енглеска случаја поставило се питање да ли је због имунитета који британски војници уживају у страној држави немогуће покретати приватноправне тужбе пред енглеским судовима против Уједињеног Краљевства за противправне акте које британски војници почине на територији стране државе у којој уживају имунитет.

Случај *Контић против Министарства одбране*[68] тицао се аката британских војника почињених на Косову и Метохији након 12. јуна 1999. године. Суд је одлучио да се на приватноправну одговорност Уједињеног Краљевства за противправне акте које су британски војници починили на КиМ примењује право које је на снази на КиМ.[69] На КиМ је на снази УНМИК-ова Уредба бр. 2000/47 о статусу, привилегијама и имунитету КФОР-а и УНМИК-а и њиховог особља на Косову,[70] којом је прописано да „КФОР, његова имовина, фондови и средства имају имунитет у било ком правном поступку“.[71] Једно од питања пред енглеским судом било је да ли имунитет који КФОР ужива на КиМ спречава покретање поступка пред енглеским судовима за противправне акте које су британски војници који чине део КФОР-а починили на КиМ. Суд је одлучио да је, сходно Резолуцији Савета безбедности бр. 1244, УНМИК био овлашћен да мења, уки-

67 Вид. фн. 1.

68 Пресуда Високог суда правде Енглеске, 4. август 2016, [2016] EWHC 2034 (QB).

69 Вид. УНМИК-ову Уредбу бр. 1999/1 од 25. јула 1999. о овлашћењима привремене управе на Косову, *www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette/04serbian/SC1999regs/RSC1999_01.pdf*, 22. фебруар 2019; УНМИК-ову Уредбу бр. 1999/24 од 12. децембра 1999. године о закону који се примењује на Косову, *www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette/04serbian/SC1999regs/RSC1999_24.pdf*, 22. фебруар 2019.

70 Доступно на *www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette/04serbian/SC2000regs/RSC2000_47.pdf*, 22. фебруар 2019.

71 *Ibid*., чл. 2.1

да и суспендује постојеће законе на КиМ у мери неопходној за обављање својих функција или у случају да постојећи закони нису били спојиви са мандатом, циљевима и сврхом привремене цивилне администрације. Према мишљењу суда, из тога „следи да је имунитет успостављен УНМИК-овом Уредбом бр. 2000/47 постао део материјалног права на Косову“.[72] Правила о имунитету КФОР-а на КиМ стога су ефективно довела до престанка приватноправне одговорности Уједињеног Краљевства за противправне акте које су британски војници починили на КиМ.

Питање могућности покретања приватноправних тужби пред енглеским судовима против Уједињеног Краљевства за противправне акте које британски војници почине на територији стране државе у којој уживају имунитет јавило се и у контексту одлучивања о приватноправној одговорности Уједињеног Краљевства за догађаје у Ираку. Апелациони суд Енглеске одлучио је у случају *Ал Џеда против државног секретара за одбрану (бр. 2)*[73] да правила о имунитету који британски војници (и војници осталих држава које су учествовале у окупацији Ирака) уживају у Ираку, а која су била другачије формулисана од правила о имунитету КФОР-а на Косову,[74] нису онемогућила покретање приватноправних тужби пред енглеским судовима против Уједињеног Краљевства.

Случајеви *Контић* и *Ал Џеда* показују да правила о имунитету, која обично дејствују као процесне сметње за покретање поступка против стране државе, могу у одређеним случајевима бити третирана као правила о престанку одговорности материјалног права. Квалификација правила о имунитету зависи од формулације правила о имунитету у питању.

5.2. Застарелост

Застарелост је један од главних проблема са којим се суочавају тужиоци који желе да покрену приватноправне тужбе против стране државе пред судовима стране државе за противправне екстратериторијалне акте. Обично доста времена протекне између повреде правно заштићених интереса и покретања тужбе. Правила о имунитету спречавају тужиоце да туже страну државу пред судовима своје државе на чијој су територији противправни акти почињени или производе дејство. Тужиоци често не знају да могу или не знају

---

72 Пресуда Високог суда правде Енглеске, 4. август 2016, [2016] EWHC 2034 (QB), пара. 230.

73 Пресуда Апелационог суда Енглеске, 8. јул 2010, [2010] EWCA Civ 758.

74 За формулацију правила о имунитету који британски војници (и војници осталих држава које су учествовале у окупацији Ирака) уживају у Ираку вид. *ibid*., пара. 19.

како да туже страну државу пред њеним судовима, плаше се да туже страну државу која им је нанела повреду пред њеним судовима и немају средства за покретање и вођење захтевних поступака у иностранству. Стога се поставља питање да ли те околности, које неминовно произлазе из контекста у којем се поставља питање приватноправне одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте, могу да се узму у обзир приликом примене правила о застарелости. Тим питањем су се бавили судови у Уједињеном Краљевству у два случаја.

У случају *Ирачки цивили против Министарства одбране*[75] рок застарелости према меродавном ирачком праву био је три године, а тужба је поднета више од три године након повреде правно заштићених интереса тужилаца. Имунитет који уживају британски војници у Ираку био би довољан разлог за примену правила о застоју или прекиду застаревања из ирачког права да се питање застарелости јавило пред ирачким судовима. Пред Врховним судом Уједињеног Краљевства поставило се питање да ли је такав имунитет довољан разлог и за примену правила о застоју или прекиду застаревања из меродавног ирачког права када се питање застарелости јавља пред енглеским судовима. Врховни суд Уједињеног Краљевства једногласно је одлучио да је имунитет који британски војници уживају у Ираку процесне природе. Као такав, није могао да утиче на покретање и вођење поступка пред енглеским судовима и да буде разлог за примену правила о застоју или прекиду застаревања из меродавног ирачког права када се питање застарелости јавља пред енглеским судовима.

Скорашња пресуда у случају *Алсеран против Министарства одбране*,[76] који се такође тицао догађаја у Ираку, одступа од строге примене правила о застарелости из меродавног материјалног права. У тој пресуди Високи суд правде Енглеске одлучио је да је рок застарелости почео да тече тек након што су тужиоци сазнали за могућност да туже британску државу пред њеним судовима. И поред таквог тумачења одредаба о почетку рока застарелости из меродавног ирачког права, већина тужби у случају *Алсеран* поднета је тек након истека рока застарелости. У том случају тужбе против Уједињеног Краљевства биле су засноване на више основа. Уједињено Краљевство је било тужено по основима одговорности који постоје у приватном праву и по основима одговорности који постоје у енглеском јавном праву, то јест према правилима Закона

75 Пресуда Врховног суда Уједињеног Краљевства, 12. мај 2016, [2016] UKSC 25.

76 Пресуда Високог суда правде Енглеске, 14. децембар 2017, [2017] EWHC 3289 (QB).

о људским правима из 1998. године (*Human Rights Act 1998*) који имплементира Европску конвенцију о људским правима у право Уједињеног Краљевства и омогућава тужиоцима да туже британску државу пред њеним судовима за повреде људских права које Конвенција гарантује. Након што је нашао да су акти британских војника довели до повреде људских права тужилаца, суд је одбио као застареле тужбене захтеве који су били засновани на основима одговорности који постоје у приватном праву. Суд је том приликом напоменуо да би се позвао на установу јавног поретка и одбио да примени правила о застарелости из меродавног ирачког права да тужиоци нису успели по тужбеним захтевима који су били засновани на основима одговорности који постоје у енглеском јавном праву. Последица примене установе јавног поретка у таквом случају било би усвајање тужбених захтева који су били засновани на основима одговорности који постоје у приватном праву. Суд је напоменуо да би био вољан да примени установу јавног поретка у таквом случају зато што је нашао да су акти британских војника довели не само до озбиљне повреде људских права тужилаца већ и до озбиљне повреде међународног хуманитарног права и да би тужиоци требало да добију накнаду штете.

6. ЗАКЉУЧАК

Приватно право има улогу у регулисању екстратериторијалних државних аката почињених у оквиру употребе силе у међународним односима, бар у оним правним системима у којима нису развијене строге доктрине које искључују улогу судова у стварима које се тичу спољних послова и послова одбране. Међународно јавно право нема ништа да каже о улози домаћих судова у том погледу. Улога домаћих судова зависи од правила унутрашњег јавног права сваке државе и воље судске власти да контролише законитост извршних аката почињених у оквиру вођења спољних послова и послова одбране. Међународноправни и јавноправни контекст у којем се поставља питање приватноправне одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте утиче не само на одређивање меродавног права већ и на примену материјалног приватног права. Међународно јавно право нити одређује садржину колизионих норми које одређују право меродавно за приватноправну одговорност државе за противправне екстратериторијалне акте нити налаже директну примену правила међународног јавног права на материјалноправна питања која се постављају. Судови признају јавноправни контекст приватноправне одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте тиме што или примењују искључиво *lex fori* на тај вид одговорности или примењују правила међународног

приватног права на начин који промовише интересе државе форума. Судови такође признају међународноправни контекст приватноправне одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте, и то на три начина: добровољно директно примењујући правила међународног јавног права на поједина материјалноправна питања која се постављају, утврђујући садржину и дејство појединих међународноприватноправних и материјалноправних појмова у складу са правилима међународног јавног права и приступајући другачије појединим материјалноправним питањима него у осталим случајевима приватноправне одговорности.

Јединствена природа приватноправне одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте показује да поделе права на приватно и јавно и унутрашње и међународно, које су међу фундаменталним поделама на којима је савремено право засновано, не доприноси много објашњењу тог феномена који се налази на раскршћу како различитих делова права тако и права и политике. Насупрот томе, тужбе за приватноправну одговорност државе за противправне екстратериторијалне акте показују дубоке везе које постоје између различитих области права, попут унутрашњег приватног и јавног права и међународног приватног и јавног права, које су традиционално конципиране као потпуно одвојене. Откривање и разумевање тих веза нам у крајњој линији омогућава да прилагодимо методологију међународног приватног права и материјалног приватног права различитим контекстима у којима се те области права примењују и да боље разумемо одговорност државе за противправне суверене акте који су почињени или производе дејство на територији друге државе.

Посматрано са практичног становишта, приватноправне тужбе имају потенцијал да постану важан механизам за успостављање одговорности државе за противправне екстратериторијалне акте. Такве тужбе су, међутим, до сада подношене пред судовима свега неколико држава. У већини тих држава судови су развили доктрине које или потпуно искључују или значајно ограничавају улогу судова у стварима које се тичу спољних послова и послова одбране. Тамо где су дозвољене, такве тужбе стварају компликована и неретко нова правна питања за која често не постоје јасна правила или постоје правила која су утврдили судови нижег степена од којих више судске инстанце могу лако да одступе. Приватноправне тужбе против државе за противправне екстратериторијалне акте стога узрокују изразито компликоване, дуге, скупе и неизвесне судске процесе са малим изгледом за успех.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Collins, L. (ed.), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, London 2012[15].

Fairgrieve, D., *State Liability in Tort: A Comparative Law Study*, Oxford University Press, Oxford 2003.

Hess, B., „The Private-Public Divide in International Dispute Resolution", *Collected courses of The Hague Academy of International Law*, Tome 388, Brill – Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2017.

Јакшић, А., „Direktklagen von Kriegsopfern gegen Staaten mit genauerem Blick auf die NATO Operation 'Allied Force' in der BW Jugoslawien: 10 Jahre Später", *Анали Правног факултета у Београду* 3/2009. (Jakšić, A., „Direktklagen von Kriegsopfern gegen Staaten mit genauerem Blick auf die NATO Operation 'Allied Force' in der BW Jugoslawien: 10 Jahre Später", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3/2009)

Karayanni, M., *Conflicts in a Conflict: A Conflict of Laws Case Study on Israel and the Palestinian Territories*, Oxford University Press, Oxford 2014.

McLachlan, C., „The Allocative Function of Foreign Relations Law", *British Yearbook of International Law* 2012.

McLachlan, C., *Foreign Relations Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2014.

Meron, T., *The Humanization of International Law*, Brill – Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2006.

Milanović, M., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford University Press, Oxford 2011.

Nicholson, M., „The Political Unconscious of the English Foreign Act of State and Non-Justiciability Doctrine(s)", *International and Comparative Law Quarterly* 4/2015.

Pfander, J. E., *Constitutional Torts and the War on Terror*, Oxford University Press, Oxford 2017.

Roach, K., „Substitute Justice: Challenges to American Counterterrorism Activities in Non-American Courts", *Mississippi Law Journal* 5/2013.

Stephens B. *et al.*, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, Brill – Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2008[2].

Von Hein, J., „The Law Applicable to Governmental Liability for Violations of Human Rights in World War II: Questions of Private International Law from a German Perspective“, *Yearbook of Private International Law* 2001.

Uglješa Grušić, PhD

Associate Professor
University College London, Faculty of Laws

THE PRIVATE LAW ASPECTS OF STATE RESPONSIBILITY FOR UNLAWFUL EXTRATERRITORIAL ACTS

Summary

This article deals with the question whether, and to what extent, private law regulates extraterritorial state acts. This question arises primarily in the context of use of force in international relations. The issue is of theoretical importance because civil liability of the state for unlawful extraterritorial acts stands at the intersection of private and public law and internal and international law and, as such, questions the appropriateness of some of the fundamental classifications and categories on which the modern law is based. The issue is of practical importance because civil claims have the potential to become an important mechanism for holding to account states that commit unlawful extraterritorial acts. The practical importance of this issue has been reignited in Serbia with the re-emergence of the initiative to sue NATO states for the compensation of damages caused to civilians and the environment in Serbia by the use of depleted uranium.

Key words: *State responsibility. – Private law. – International relations. – Use of force. – Comparative law.*

Article history:
Received: 15. 7. 2018.
Accepted: 15. 3. 2019.

УДК 347.232(497.4)

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901049L

As. dr. Karmen Lutman, LL.M.*

CHANGE OF POSITION AS A DEFENCE IN UNJUST(IFIED) ENRICHMENT: SLOVENIAN LAW IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE**

If one person is enriched at the expense of another and there is no legal ground for retaining this enrichment, the law imposes an obligation of restitution upon the unjustly enriched recipient, which is subject to various defences. One of them is the defence that the defendant is no longer enriched (change of position). The Slovenian Code of Obligations does not contain an express general defence of change of position. However, there is a special provision, which allows a bona fide recipient of compensation for personal injury to rely on disenrichment if it subsequently turns out that the compensation was without valid legal basis. The paper examines whether disenrichment is inherent to the law of unjustified enrichment as a way of measuring liability, and consequently should the change of position defence be generally recognised, even though there is no provision allowing it in the Code or settled case law on this matter.

Key words: *Unjustified enrichment. – Restitution. – Change of position. – Disenrichment.*

1. INTRODUCTION

The law of unjust(ified) enrichment creates liability in cases when one person is enriched at the expense of another and there is no legal

* Teaching and Research Assistant, Chair of Civil Law, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia, *karmen.lutman@pf.uni-lj.si*.

** A preliminary version of this article was presented at the Inaugural Younger Scholars' Forum during the 2018 International Academy of Comparative Law's 20th International Congress in Fukuoka, Japan.

ground for retaining this enrichment. It is a separate source of obligation, distinguishable from contract and tort, and as such recognised in most modern legal systems. In general, for cause of action the claimant must prove that the defendant has been enriched at the claimant's expense and that this enrichment was unjust(ified). In defining enrichment as unjust(ified), two approaches have been adopted in comparative perspective.[1] In the first (civilian) approach, enrichment is unjustified if it lacks a valid legal basis, e.g. a contract or a statute (the "absence of basis" approach). For example, if a sum of money was paid in a mistaken belief that it was owed, it should be returned if no debt had existed or if it had already been paid off. As there was no legal ground for the payment, the enrichment is considered to be *unjustified*. In the second (common law) approach, the claimant must prove a positive reason to render the enrichment *unjust*, e.g. a mistake, duress or undue influence (the "unjust factors" approach). Such reasons are inherent to the law of unjust enrichment and were developed through case law.[2] According to this view, in the situation illustrated above, the enrichment is considered to be unjust due to the fact that money was paid by mistake,[3] which is one of the unjust factors. Since this paper deals predominantly with civil law, the term "unjustified" enrichment will be used hereinafter as it better reflects the "absence of basis" approach.[4]

The law of unjustified enrichment imposes an obligation of restitution upon the unjustly enriched recipient and is subject to various defences. Among them is the defence that the defendant is no longer enriched (the change of position or disenrichment defence). It aims to

[1] B. Häcker, *Consequences of Impaired Consent Transfers*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, 25–31; D. Visser, "Unjustified Enrichment in Comparative Perspective", *The Oxford Handbook of Comparative Law* (M. Reimann, R. Zimmermann eds.), Oxford University Press, Oxford 2008, 971; A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith, "Defences in Unjust Enrichment: Questions and Themes", *Defences in Unjust Enrichment* (A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith eds.), Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon 2016, 6; D. Klimchuk, "What Kind of Defence is Change of Position?", *Defences in Unjust Enrichment* (A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith eds.), Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon 2016, 74; R. Goff, G. H. Jones, *The Law of Unjust Enrichment*, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London 2011, 8, paras. 1–11 and 1–12, 1–18 – 1–22.

[2] It has been emphasized in English case law that claims of unjust enrichment must refer to an established unjust factor or factual recovery situation, although the categories of unjust enrichment are not yet finalized. See: Uren v. First National Home Finance Ltd. [2005] EWHC 2529 (Ch.) at [16]–18] per Mann J.; Wasada Pty Limited v. State Rail Authority of New South Wales (No.2) [2003] NSWSC 987 at [16]; C.T.N. Cash and Carry Ltd v. Gallaher Ltd. [1994] 4 All E.R. 714 at 720 per Nicholls V.C.

[3] *See, e.g.* Barclays Bank Ltd v. W J Simms [1980] QB 677 (QBD) 695.

[4] R. Zimmermann, J. du Plessis, "Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment", *Restitution Law Review* 1994, 14–43; R. Zimmermann, "Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, No. 3, 1995, 403–429.

exclude the obligation to make restitution to the extent that the recipient has ceased to be enriched. Limiting the defendant's liability to the actual enrichment at the time of *litis pendentia* is considered among German scholars to be a characteristic "weakness" of unjustified enrichment claims.[5]

Historically, there was no general rule limiting the defendant's liability to the actual enrichment at the time of *litis pendentia*. In Roman law, the recipient, liable under *condictio*, was obliged to return the object received or to restore its value, notwithstanding the fact they might have ceased to be enriched.[6] There were, however, certain exceptions to this rule. If the defendant received an individual object (*species*) that was subsequently destroyed, they were, as a rule, released from their obligation as it had become objectively impossible to return it.[7] Two further instances of such weak liability were the liability of a pupil who concluded a contract without the consent of the tutor and the liability of spouses for the restitution of gifts they had given to each other. In both cases, the restitution was limited to the amount of the benefit that remained at the time of *litis contestatio*.[8] Furthermore, the value of the remaining enrichment was a regular measure of liability under *action de in rem verso*, which was limited to cases of third-party enrichments in Rome. However, its scope was subsequently broadened and in the 18th century it came to be used as a general enrichment action.[9] Medieval scholasticism and natural law doctrine favoured limiting the defendant's enrichment liability by taking into account subsequent disenrichment.[10] Yet it was the Pandectists of the 19th century who established disenrichment (Ger. "*Bereicherungswegfall*") as a general measure of enrichment liability.[11]

---

5 A. Flessner, *Wegfall der Bereicherung*, *Rechtsvergleichung und Kritik*, de Gruyter, Mohr, Tübingen 1970, 2; R. Zimmermann (1996), Clarendon Press, Oxford 1996, 897.

6 F. L. Schäfer, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (J. Rückert, *et al.* eds.), §§ 812–822, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, 2678, para. 172; R. Zimmermann, J. du Plessis, 38. See also: V. Cvetković-Đorđević, "Kondikciona odgovornost u Rimskom pravu", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2014, 229–243.

7 R. Zimmermann (1996), 897; F. L. Schäfer, 2678, para. 172.

8 M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, Beck, Munich 2014, 289, 291, paras. 18, 28; W. Flume, *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2003, 3; R. Zimmermann (1996), 896.

9 R. Zimmermann (1996), 882.

10 F. L. Schäfer, 2678, paras. 173 and 174; J. P. Dawson, "Erasable Enrichment in German Law", *Boston University Law Review*, Vol. 61, No. 2, 1981, 273 and 274.

11 B. Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung, Geschichtliche Entwicklungen*, R. V. Decker & C. F. Müller, Heidelberg 1987, 37; J. Gordley, "Restitution without enrichment? Change of position and Wegfall der Bereicherung", *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* (D. Johnston, R. Zimmermann eds.), Cambridge University Press, Cambridge 2002, 227.

Following the pandectist doctrine, a special provision on loss of enrichment (Ger. *Wegfall der Bereicherung*) was introduced into the German Civil Code in 1900, which provides that restitution is not owed "to the extent that the recipient is no longer enriched."[12] A similar provision can be found in the Swiss Code of Obligations[13] and should in essence remain unchanged also after the proposed reform of the Code (OR 2020).[14] The change of position defence is also recognised in American law[15] and English law.[16] In English law, the defence was recognised in *Lipkin Gorman*[17] and since then case law has carved out its scope and key features. However, comparative analyses show that there is no consensus within the European legal systems on adopting a general principle of disenrichment.[18] Nonetheless, model rules of European private law, such as the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and Principles of European Law of Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.), recommend implementing disenrichment as a general defence in national legislations.[19]

The Slovenian Code of Obligations[20] does not contain an express general defence for change of position. However, there is a special provision that allows a *bona fide* recipient of compensation for personal injury to rely on disenrichment should it subsequently turns out that the compensation was without valid legal basis. Given the trends in European private law, the question inevitably arises whether disenrichment is inherent to the law of unjustified enrichment as a method of measuring liability and whether the change of position defence should therefore be generally recognised, even though there is no provision allowing for it in either the code or in settled case law related to this matter.

This paper deals with disenrichment as a way of measuring liability. By analysing its philosophy and examining select European legal systems, it seeks to determine whether a doctrine of disenrichment should be generally applied in Slovenian law, and if so, whether as a rule or rather as a defence. The Slovenian Code of Obligations is almost

---

12 § 818 (3) BGB.

13 § 64 OR.

14 See: § 65 (2) OR 2020.

15 Restatement of the Law Third, Restitution and Unjust Enrichment, § 65.

16 Restatement of the English Law of Unjust Enrichment, § 23.

17 Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd. [1991] 2 AC 548.

18 See: A. Flessner, 37 sqq.; P. Schlechtriem, "Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa", *Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Vol. 1, Mohr Siebeck, Tübingen 2000, 400, para. 566; R. Zimmermann (1995), 412.

19 § 6:101 PEL. Unj. Enr. and VII – 6:101 DCFR.

20 Obligacijski zakonik, *Official Gazette of Slovenia*, No. 83/2001, most recent amendment No. 20/2018.

entirely based on the former Yugoslav Act on Obligations[21] (1978). The situation is similar in Croatia and Macedonia, while the Yugoslav Act is still in force in Serbia and in Bosnia and Herzegovina. Therefore, this issue might be relevant not only for Slovenian law but also for the laws of some other countries in Southeast Europe.

2. PHILOSOPHY OF THE CHANGE OF POSITION DEFENCE AND ITS BASIC FEATURES

Today, it is widely accepted that Aristotle's corrective justice is the philosophical foundation of the law of unjust(ified) enrichment.[22] It aims to correct unjustified transfers of value between two parties by requiring the restoration of enrichment. Restitution as a response[23] to an act of unjustified enrichment is "a tool of corrective justice"[24] that strives to bring the parties back to their pre-transfer positions (*status quo ante*). Pomponius' statement should also be referred to when considering the philosophical foundations of unjustified enrichment, as it asserts that it is in accordance with the law of nature that no one should be enriched to the detriment of another [*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem*].[25] Although it was originally not meant to serve as a rule of positive law, it has with some modifications become a general enrichment clause in several countries.[26]

Since the doctrine of corrective justice promotes equality between private individuals and emphasizes that the relationship between them should be based on fundamental respect for each other's rights,[27] one of the main principles of restitution for unjustified enrichment is that it should never make defendants worse off.[28] This aim is achieved by allowing

[21] Zakon o obligacijskih razmerjih, *Official Gazette of Slovenia*, No. 29/1978 with amendments.

[22] E. J. Weinrib, Correctively Unjust Enrichment, *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment* (R. Chambers, C. Mitchell, J. Penner eds.), Oxford University Press, Oxford 2009, 31; R. Zimmermann (1995), 403.

[23] P. Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford University Press, Oxford 2014, 11.

[24] Kingstreet Investments Ltd, v, New Brunswick [2007] 1 SCR 3, para. 32.

[25] D 12, 6, 14. Translation borrowed from: R. Zimmermann, J. du Plessis, 16.

[26] This is for instance the case in German, Swiss, Greek, Hungarian, Polish, Dutch, English, Slovenian, Croatian, and Serbian law. See: C. von Bar, S. Swann, *Principles of European Law: Unjustified Enrichment*, Sellier, Munich 2010, 188–197.

[27] E. J. Weinrib, 31; R. Zimmermann (1995), 403.

[28] *See, e.g.* D. Klimchuk, 72.

On the other hand, after making restitution, the defendant should also neither profit at the expense of the claimant nor be in a better position than they would have been in had there been no unjustified transfer of value in the first place. In German law, both aspects

the defendant to rely on the change of position defence. The underlying philosophy of this defence is to prevent the defendant from incurring a loss as a result of being obliged to make restitution. In other words, relying on the disenrichment defence prevents *bona fide* defendants from "reaching into their own pockets" in order to make restitution, as it has been illustratively described by German scholars.[29] Similarly, common law considers change of position to be underpinned by the "no worse off" rationale, according to which defendants should not be unjustifiably left worse off than they were prior to their receipt.[30]

In line with this rationale, the defence applies to both reliance-based and non-reliance-based changes of position. In common law, this is considered to be a "wide view" of the change of position defence.[31] Reliance-based change of position refers to subsequent losses that occur due to the fact that the recipient believed they was entitled to the object received and used or disposed of it accordingly, in good faith. On the other hand, non-reliance-based change of position occurs independent of the recipient's reliance on their acquisition, such as when the object is destroyed or stolen. Thus, by using the change of position defence the defendant can shift the loss of enrichment to the claimant. It is therefore the claimant who bears the risk of subsequent changes to the received benefit. Since such a broad interpretation of the change of position defence is disproportionately in favour of the defendant and could threaten a proper balance between the interests of the parties, it should be interpreted restrictively, taking into consideration all the relevant circumstances of the individual case.[32]

The change of position defence furthermore aims to protect the recipients' reliance on the validity and the finality of their acquisition.[33] If they reasonably assumed that the received benefit would remain theirs and took various economic decisions in that belief, their interest

---

are included in the principle of the restoration of corresponding benefits and losses. This is known as the "principle of statics" (Ger. *Statikprinzip*). See: C. Wendehorst, *BeckOK BGB* (H. G. Bamberger et al. eds.), Verlag C.H. Beck, Munich 2017, § 818, para. 33.

29 *See e.g.* H. Goetzke, "Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht?", *Archiv für die civilistische Praxis* 173 (1973), 292.

30 E. Bant, "Change of Position: Outstanding Issues", *Defences in Unjust Enrichment* (A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith eds.), Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon 2016, 139.

31 J. Edelman, "Change of position: A defence of unjust enrichment", *Boston University Law Review*, Vol. 92, 2012, 1014.

32 Which circumstances of the case should be taken into account when striking a fair balance between parties was discussed in detail by Flessner. See: A. Flessner, 108–141.

33 *See e.g.* P. Birks, 209; R. Zimmermann (1995), 413; C. Wendehorst, § 818, paras. 34 and 66.

in the security of the receipt deserves protection. As Birks explains, "The defence avoids the need to sterilize funds against the danger of unsuspected unjust enrichment claims."[34] It is in line with this rationale that it only offers protection to *bona fide* recipients, i.e. recipients who did not know and could not have known that they were not entitled to the received benefit. Exempt from protection are *mala fide* recipients and those who are subject to strict liability due to a filed restitution claim.[35]

Moreover, reliance on the definitiveness of the acquisition of assets may also enjoy the protection of property as enshrined in Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights. According to the settled case law of the European Court of Human Rights, this right applies not only to a person's existing possessions but may also in certain circumstances protect a legitimate expectation of obtaining an asset.[36] The issue of limiting the right to restitution in order to protect the recipient's legitimate expectation of the definitiveness of received assets was discussed by the ECtHR in its recent decision in *Čakarević v. Croatia.*[37] This case concerns the applicant's complaint that she was ordered to return unemployment benefits that she had been receiving due the employment bureau mistakenly renewing her entitlement to benefits. By ordering her to repay unemployment benefits (about 2,600 euros in sixty instalments), the County Court in Rijeka referred to the general rule on unjustified enrichment enshrined in the Croatian Obligations Act.[38] The ECtHR noted that Ms. Čakarević had a legitimate expectation of being able to retain the funds received without her entitlement to unemployment benefits being called into question retroactively.[39] Namely, she had done nothing to mislead the employment bureau to renew her entitlement to unemployment benefits and was in good faith, whereas it took over three years for the authorities to react to their error. The Court observed that the applicant was unemployed, ill and in a poor financial

[34] P. Birks, 209.

[35] *See e.g.* § 818 (4) BGB.

[36] Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, No. 73049/01, para. 65, ECtHR, judgement from 11 January 2007; Béláné Nagy v. Hungary, No. 53080/13, para. 74, ECtHR, judgement from 13 December 2016.

[37] No. 48921/13, judgement from 26 April 2018.

[38] Section 210 Zakona o obveznim odnosima, *Official Gazette of Croatia*, Nos. 53/1991, 73/1991, 3/1994, 7/1996 and 112/1999, states that: "(1) When a part of the property of one person passes, by any means, into the property of another person, and such a transfer has no basis in a legal transaction or law, the acquirer shall return that property. If this is not possible, the acquirer shall provide compensation for the value of the benefit received. (2) The transfer of property also includes any benefit obtained by someone performing an action. (3) The obligation to return the property or provide compensation for its value shall arise even when something is received on account of a cause which did not exist or which subsequently ceased to exist."

[39] Para. 54 of the Judgement.

situation. She had spent the received money for covering her basic living expenses and had accumulated no savings. The Court noted that in such circumstances paying the debt, even in sixty instalments, would threaten her subsistence.[40] Taking into account all circumstances of the case and the fact that the State was fully responsible for the overpayments, while the whole burden of the State's error fell on the applicant, the Court held that ordering her to reimburse the full amount of the overpaid unemployment benefits violated her right to protection of property.

In my view, this decision could be interpreted as acknowledging an individual's right to the change of position defence, provided that they can demonstrate that their changed position is a consequence of their reliance upon the receipt of the benefit and that ordering them to make restitution would violate their conventional rights. However, it should be noted that the ECHR primarily applies to vertical relationships between the state and individuals, the case in question being no exception. In public law, the rules of unjustified enrichment are usually adapted to the particularities of such relationships,[41] since the state and individuals do not "interact with each other as free and equal agents without the law's subordinating either of them to the other," which is one of the key features of corrective justice.[42] However, change of position as a defence of private entities against public authorities has also been acknowledged by the CJEU in several cases.[43] Similar to the ECtHR in *Čakarević v. Croatia*, the CJEU considers the defence to be closely connected to arguments based on legal certainty and the rule of law, such as legitimate expectations. Moreover, in *Oelmühle Hamburg AG v. Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung* the CJEU held that "the plea of loss of enrichment" is, in principle, part of Community law.[44] As we can see, the change of position defence, as a primarily private legal defence, has been, together with its main features developed in private law,[45] transplanted into public law as a manifestation of the principles of legal certainty and the rule of law.

In private law, disenrichment as a way of measuring liability, regardless of whether it is a rule or a defence, has common features

[40] Para. 89 of the Judgement.

[41] *See e.g.* R. Williams, *Unjust Enrichment and Public Law: A Comparative Study of England, France and the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland 2010.

[42] E. J. Weinrib, 31.

[43] Cases 205–215/82 Deutsche Milch-Kontor GmbH v. Germany [1983] ECR 2633; case C-298/96 Oelmühle Hamburg AG v. Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung [1998] I ECR 4767; case 316/86 Hauptzollamt Hamburg-Jonas v. Firma P Krücken [1988] ECR 2213.

[44] Para. 31 of the Judgement.

[45] In Oelmühle Hamburg AG v. Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, the CJEU referred to the foreseeability of the risk and the need for good faith. For a detailed analysis, see: R. Williams, 265–267.

from a comparative perspective. In German and Swiss law, where loss of enrichment is explicitly enshrined in the civil codes, the following rules are regarded as generally accepted. Firstly, the received benefit should have been disposed of without consideration (Ger. "*ersatzloser Wegfall der Bereicherung*"), which is not the case if the recipient saved their own assets while using or disposing of the received benefit.[46] Thus, a defendant pleading loss of enrichment must not only prove the loss of the received object but also that no benefit in any other form remained in their assets.[47] A similar view has been taken in English law, where only detriments that reduce the defendant's overall wealth can be taken into consideration.[48] In German law, several presumptions were developed by case law in order to ease the defendant's burden of proof. It is, for instance, presumed that the enrichment has fallen away without consideration if the defendant had no assets whatsoever left at the time when the action was filed.[49] The same is presumed if the defendant with a lower or middle income received relatively small overpayments in wage, emolument or maintenance.[50] Secondly, the defendant may also plead that the received benefit is of no value to them.[51] By referring to the subjective value of the received benefit, a defendant will usually succeed in excluding the enrichment claim when the enrichment was imposed on them without their consent (Ger. "*aufgedrängte Bereicherung*") and cannot be returned in kind. Thirdly, by relying on disenrichment the defendant can set off the losses that they suffered due to their faith in the validity and definitiveness of their acquisition and which are sufficiently causally linked to the enriching event.[52] Fourthly, the disenrichment defence is only available to *bona fide* recipients and cannot be pleaded by *mala fide* recipients and those subject to strict liability.[53] For very similar reasons, the change of position defence

---

[46] M. Schwab, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (F. J. Säcker *et al.* eds.), Verlag C. H. Beck, Munich, 2017, § 818, para. 182.

[47] *Ibid.*, para. 183.

[48] R. Goff, G. H. Jones, 8, para. 27–07.

[49] C. Wendehorst, § 818, para. 52.

[50] *Ibid.*, para. 55.

[51] In such cases, the enrichment does not fall away subsequently since the benefit received is of no value for the recipient from the very beginning. Nonetheless, according to German doctrine, such cases can also be pleaded by referring to the disenrichment rule (§ 818 (3) BGB). *See e.g.* M. Schwab, § 818, para. 132.

[52] R. Zimmermann, J. du Plessis, 40; C. Wendehorst, § 818, para. 65.

[53] In German law, strict liability is foreseen in four cases: (i) when proceedings for restitution in unjustified enrichment are pending (§ 818 (4) BGB), (ii) if the recipient is in bad faith (§ 819 (1) BGB), (iii) if the recipient breached the law or acted *contra bonos mores* (§ 819 (2) BGB), (iv) if the recipient knew that the legal ground for the acquired benefit might subsequently fall away or might not come to existence. See: U. Loewenheim, *Bereicherungsrecht*, Beck, Munich 2007, 159.

is also excluded in English law.[54] However, relying on disenrichment is, as a rule, excluded in cases of unwinding failed reciprocal contracts, due to the synallagmatic nature of the parties' performances, which is also supposed to find some recognition in the unwinding process.[55] A similar view has been taken in English law, where the rescinding party claiming restitution in unjust enrichment should be able to make counter-restitution to the other, otherwise their claim is barred.[56]

3. SLOVENIAN LAW OF UNJUSTIFIED ENRICHMENT IN A NUTSHELL

The law of unjustified enrichment in Slovenia is codified, as it is in many other civil law countries. Its provisions are enshrined in the Code of Obligations (Articles 190–198) and are based on the previous ones of the Yugoslav Act on Obligations. In contrast to the Austrian Civil Code (ABGB), which had been in force in Slovenian territory from 1815 until 1946, and as an informal source of law until 1978 (when the Yugoslav Act was adopted), the Yugoslav Act united all enrichment claims into a separate chapter on unjustified enrichment and subjected them to a general clause. Although some legal scholars opposed the idea of unifying the law of unjustified enrichment,[57] the legislator followed the solution proposed by Mihailo Konstantinović in his draft of the Yugoslav Act on Obligations,[58] which was most likely inspired by Swiss law.[59]

Provisions on unjustified enrichment as contained in the Slovenian Code of Obligations consist of a general clause, restitutionary rules and certain types of non-performance-based enrichments. The Code adopted the unitary approach, whereby all enrichment claims are based on a single general rule. It follows from the wording of the general clause that "If a

54 In English law, as in German law, the change of position must be in good faith. The defendant will not succeed with the change of position defence if they changed their position with knowledge of the claim for unjust enrichment or in belief that the enrichment would have to be returned to the claimant or that some performance would have to be rendered to the claimant in exchange. As is the case in German law, change of position should also not be made with the knowledge of the claim for unjust enrichment.

55 For more about various doctrines on this issue (such as *Zweikondiktionenlehre*, *Saldotheorie* and the modified *Zweikondiktionenlehre*), *see e.g.* B. Häcker, 71–77.

56 R. Goff, G. H. Jones, 8, paras. 31-01 – 31-21; B. Häcker, 112.

57 *See e.g.* S. Lapajne, *Današnje kondikcije*, Juridična fakulteta, Ljubljana 1926; S. Lapajne, *Reparacije civilnega prava*, Juridična fakulteta, Ljubljana 1927.

58 M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta, Belgrade 1969.

59 Z. Povh, *Jugoslawien: Gesetz über Schuldverhältnisse (Obligationenverhältnisse)*, Jahrbuch für Ostrecht XXIX (1988), 292.

person becomes enriched to the detriment of another without a legal basis, they shall be obliged to return the benefit received if possible, or to repay the value of the benefit achieved."[60] However, Slovenian theory follows the pluralistic approach[61] and differs among various enrichment claims, where the main distinction is drawn between performance-based and non-performance-based enrichment claims, a taxonomy established by Walter Wilburg and Ernst von Caemmerer.[62] In a comparative perspective, different views may be identified regarding the unity of the law of unjust(ified) enrichment. While some authors believe that unjustified enrichment cases all reflect a single principle that benefits received without a legal basis must be given up,[63] others argue that the unitary unjustified enrichment claims, especially those in the German and Swiss Civil Codes, are based on nineteenth century doctrinal assumptions which have long since been superseded.[64] According to observations made by Nils Jansen that "Civilian jurists have begun to realise that the different claims that developed under the umbrella of unjustified enrichment belong to different contexts, and that the codifications' order is no sufficient reason to integrate within a unified institute claims that are of fundamentally divergent legal nature", it could be said that a pluralistic approach is the first step towards recognising the differences between enrichment claims that should, in my opinion, be taken into consideration also when applying the rules of restitution.

The Code of Obligations contains a set of restitutionary rules that apply to both performance-based and non-performance-based enrichment claims. The measure of restitution can be summarized as follows: the impoverished party can claim restitution in kind, if this is possible, or otherwise the monetary value of the enrichment.[65] There is no provision on loss of enrichment (or the change of position defence, in common law terminology) apart from a special provision on disenrichment that applies

[60] Section 190 para. 1 of the Code of Obligations. Translated by the author.

[61] *See e.g.* R. Vrenčur, "Splošna razvrstitev obogatitvenih obveznosti", *Zbornik 2. Dnevov stvarnega in zemljiškoknjižnega prava 2010*, 81–100; Z. Strajnar, "Verzije – predpostavke, obseg vračanja ter razmerje med obligacijskopravnimi in stvarnopravnimi povračilnimi zahtevki", *Pravosodni bilten 33/1 (2012)*, 11–32; M. Dolenc, "Pravne posledice ničnosti pogodbe (o nekaterih problemih kondikcijskih zahtevkov)", *Pravni letopis 2011*, 19–32.

[62] W. Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Leuschner & Lubensky, Graz, 1934; E. von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, *Festschrift für Ernst Rabel* (H. Döllte, M. Rheinstein, K. Zweigert eds.), Vol. 1, Mohr, Tübingen, 1954.

[63] For instance P. Birks.

[64] N. Jansen, "Farewell to Unjustified Enrichment?", *Edinburgh Law Review, Vol. 20, Issue* 2, 123–148.

[65] Section 190 para. 1 of the Code of Obligations.

to wrongfully paid compensation for personal damage.[66] The *mala fide* recipient is obliged to return the fruits and pay default interest from the day of the receipt, while this obligation is imposed on the *bona fide* recipient from the day the action for restitution in unjustified enrichment was filed.[67] Both recipients are entitled to reimbursement of the necessary and beneficial expenses they had with the received object, whereas the *mala fide* recipient gets the beneficial expenses reimbursed only to the amount of the increase in value upon return. The recipient is further obliged to pay compensation for the unauthorized use of another's assets.[68]

Due to the causal tradition system in Slovenian law, the unjustified model of restitution overlaps in certain situations with the owner/possessor model of restitution.[69] Since its rules differ to some extent from those of unjustified enrichment,[70] the relationship between these two models is not merely an academic issue but also a matter of practical relevance. There is no consensus among the scholars as to which model should prevail in the event of overlapping. Some authors argue that the rules of the owner/possessor model as a special and more recent law take precedence over those of unjustified enrichment.[71] I do not share this view, as the owner/possessor model is applicable only to proprietary remedies (e.g. *rei vindicatio*).[72] This approach was also adopted by the Slovenian Supreme Court.[73]

4. DISENRICHMENT AS A MEASURE OF LIABILITY IN SLOVENIAN LAW

A disconcerting feature of the law of unjustified enrichment in Slovenia is that it does not contain any provision on subsequent loss of enrichment. The situation was similar in the Yugoslav Act on Obligations. This has led to several debates among scholars as to whether the measure of liability is the value received or the value remaining. In the process

[66] Section 195 of the Code of Obligations.

[67] Section 193 of the Code of Obligations.

[68] Section 198 of the Code of Obligations.

[69] As enshrined in Articles 95 and 96 of the Law of Property Code (Stvarnopravni zakonik, *Official Gazette of Slovenia*, No. 87/2002, 91/2013).

[70] Especially regarding the restitution of fruits, the reimbursement of expenses and compensation for the unauthorised use of the received object. For the details *see e.g.* K. Lutman, "Vračanje izpolnitev zaradi prenehanja pogodbe", *Razsežnosti zasebnega prava* (Damjan Možina ed.), Pravna fakulteta v Ljubljani, Litteralis, Ljubljana 2017, 179.

[71] R. Vrenčur, 99.

[72] See also: K. Lutman, 179 sqq.

[73] Supreme Court of the Republic of Slovenia, case No. II Ips 1261/2008, dated 1 June 2009.

of adopting the Yugoslav Act, the prevailing opinion among members of the Federal Assembly commission, which was in charge of the law of obligations, was that the value received should be taken as the measure of enrichment liability.[74] According to this view, subsequent losses of the defendant should not be taken into consideration. However, there was no generally accepted measure of liability in Yugoslav case law. While in some cases the courts applied the value received, the value remaining could also be traced in some judgements.[75]

After the enforcement of the Yugoslav Act on Obligations, the Slovenian law of unjustified enrichment was strongly influenced by Stojan Cigoj, who was in favour of adopting the value remaining as the measure of enrichment liability. He interpreted the general clause which stated that if the restitution in kind is impossible, the recipient should repay *the value of the benefit achieved*, as a manifestation of the "enrichment principle", according to which the recipient is only liable for the existing enrichment at the time of the proceedings.[76] The Slovenian theory supports this view.[77] However, while the courts recognize the enrichment principle in general and apply it in certain types of cases,[78] there is no settled case law on its universal application in all types of enrichment claims. For instance, in relatively frequent cases of overpaid wages or pensions, in which the general rules of unjustified enrichment apply, the recipients never raise the disenrichment defence even though they would most likely meet all the required criteria for its recognition. Also, in general, the legal practice seems rather reluctant to use the doctrine of disenrichment. Therefore, the question inevitably arises whether disenrichment as a way of measuring liability should be generally recognised, taking into account its philosophical foundations and tendencies in other legal systems.

---

74 J. Danilović, "Neosnovano obogaćenje", *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada* (S. Ristić ed.), Novinsko-izd. ustanova Službeni list SFRJ, Belgrade, 425, para. 221.

75 For details, see: J. Danilović, 425, para. 221.

76 S. Cigoj, *Teorija obligacij: splošni del obligacijskega prava*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2003, 253.

77 A. Polajnar Pavčnik, *Obligacijski zakonik s komentarjem* (M. Juhart, N. Plavšak eds.), Vol. 2, GV založba, Ljubljana 2003, 46; Z. Strajnar, 14; D. Možina, Vsebina in obseg obogatitvenega zahtevka, *Razsežnosti zasebnega prava* (Damjan Možina ed.), Pravna fakulteta v Ljubljani, Litteralis, Ljubljana 2017, 151 sqq.

78 Enrichment (remaining at the time of *litis contestatio*), as a way of measuring liability, is applied by the courts in cases of non-performance-based enrichment claims, more precisely in those where the claimant has built on the defendant's property or otherwise invested in their real estate. According to settled case law, the claimant can claim only the repayment of the enrichment at the time of *litis contestatio* (which is the increase in value of the property) and not the whole amount of the invested assets. *See e.g.* Supreme Court of the Republic of Slovenia, cases No. II Ips 97/2016, dated 11 August 2016, para. 17; II Ips 125/2011, dated 8. December 2011; II Ips 249/2009, dated 16 July 2009.

Additionally, if the "principle of enrichment" is to be generally recognised, it is unclear whether it should be applied as a rule or rather as a defence. In the first case, the remaining enrichment is treated as an aspect of the general enrichment enquiry, more precisely as an integral part of the "enrichment", as the first element of the action for unjustified enrichment.[79] In the second case, the received benefit is the initial measure of liability, whereas the subsequent loss of enrichment can only be taken into consideration if the disenrichment defence is raised. The difference concerns the allocation of the burden of proof.[80] Since the elements of the action should be proved by the claimant, the first system requires them to demonstrate the surviving enrichment in the defendant's hands.[81] However, it is not the case if disenrichment is the defence, as it requires the defendant to produce evidence of subsequent loss. In English and American law, change of position is considered a defence.;in German law, its legal nature has been controversial due to its historical interpretation,[82] but it is nowadays widely accepted that it is a defence (Ger. "*rechtsvernichtende Einwendung*").[83]

In my opinion, disenrichment as a way of measuring liability should be generally recognized in Slovenian law. It aims to strike a fair balance between the interests of both parties and prevents a *bona fide* recipient from incurring loss due to restitution. Protection of the security of the receipt is another valuable reason that supports the idea of the general recognition of the disenrichment rule in our legal system. As an aspect of legal certainty and the rule of law, it is promoted also by the CJEU and ECtHR. Taking into consideration its philosophical foundations, in my opinion, disenrichment as a way of measuring liability is inherent to the law of unjustified enrichment, as it prevents the unjust results that restitution might lead to. Therefore it could be argued that it justifies an expansive cause of action in cases of unjustified enrichment.[84] As regards

79 See: A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith, 11; E. Bant, "Change of Position: Outstanding Issues", in: A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith, *Defences in Unjust Enrichment*, 140.

80 *Ibid.*, 14.

81 *Ibid.*

82 According to Dannemann "in German law, disenrichment is so wide a defence that many have doubted whether it is a defence at all or rather a rule," where he refers to P. Schlechtriem, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 6th edition, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, 778–780. See: G. Dannemann, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution, A Comparative Introduction*, Oxford University Press, Oxford 2012, 139.

83 *See e.g.* M. Schwab, § 818, paras. 130 and 131.

84 See: A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith, 12.

In Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd., when the change of position defence was established in the modern English law of unjust enrichment, Lord Goff stated that "The recognition of change of position as a defence should be ... beneficial [because it] ... will

its application in practice, opting for a defence seems to be a better solution. The recipient is thereby in a better position to evaluate their remaining enrichment and to prove the losses they suffered. Therefore, the value received is the first measure of the enrichment liability that should be proved by the claimant, while the value remaining is to be taken into account only if the change of position defence is raised and proved by the defendant. The Slovenian theory has recently suggested applying the "enrichment principle" as a defence[85] and has been followed by a decision of the Higher Court in Ljubljana.[86]

However, it should be noted that despite the fact that the Slovenian Code of Obligations lacks a provision on general disenrichment defence, it does contain a rule according to which subsequent loss of enrichment in certain cases excludes the unjustified enrichment claim. More specifically, Article 195 of the Code states that "the debtor is not entitled to claim back compensation sums paid out for physical injury, damage to health or death without valid legal basis if they were paid to a *bona fide* recipient". In other words, if a *bona fide* creditor received compensation for personal damages without a valid legal basis (or if the legal basis subsequently lapsed) and spent the money received in good faith they can rely on disenrichment. Parliament's authentic interpretation of this article from 2004[87] added that this provision applies also to cases in which compensation was paid on the grounds of a final judgement (*res judicata*) that was subsequently reversed or set aside. Since the *condictio ob causam finitam* is also applicable to reversed or avoided judgements, this interpretation seems superfluous.

In practice situations often occur where a judgement debtor (often an insurance company) fulfils their obligation to pay compensation for damages under the final and enforceable judgement to a judgement creditor. Because either the debtor or the creditor (or both) disagrees with the final judicial decision, they file a final appeal on points of law to the Supreme Court. If the Supreme Court subsequently reduces the amount of compensation or sets the final judgement aside, the judgement debtor is entitled to claim restitution for the unjustified enrichment. Problems arise if the judgement creditor has already spent the money received. It could be argued that a special provision of the disenrichment defence, such as Article 195, denies the existence of a general disenrichment defence in Slovenian law, since the special article would otherwise be superfluous. However, this is not the case, as the provision was only recklessly

enable a more generous approach to be taken to the recognition of the right to restitution, in the knowledge that the defence is, in more appropriate cases, available."

85 D. Možina, 151 and 152.

86 Higher Court in Ljubljana, case No. II Cp 2088/2017, dated 13 December 2017.

87 *Official Gazette of Slovenia*, No. 32/04.

transplanted from former Soviet law, where the disenrichment defence was generally rejected.[88]

When applying this provision, the Slovenian Supreme Court adopted a very restrictive approach. For this reason, the judgement creditor can succeed with the disenrichment defence only in exceptional cases. According to the view of the Supreme Court, the recipient cannot rely on disenrichment if they knew or could have known that the final appeal on points of law was filed, as they should have been aware of the possibility that the final judgement could be reversed or set aside.[89] From that moment on, they bear the risk of potential disenrichment. In other words, if they spent the money received after they were informed about the filed final appeal on points of law, they cannot rely on disenrichment. To be more precise, they cannot rely on reliance-based change of position, however they are also not liable for non-reliance-based change of position (e.g. if the money received was stolen).[90] The interpretation of the Supreme Court was adopted *inter alia* because of the fact that the rules on execution procedure do not explicitly recognise the disenrichment defence in the procedure of counter-execution.[91] According to this, a debtor who claims back their payment in a counter-execution procedure would be in a better position than a debtor who files a restitutionary claim based on unjust enrichment rules, which recognise the disenrichment defence.

This view seems problematic because it interferes with the function of the finality of judgements. According to the maxim *res judicata pro veritate habetur*, the creditor does not have to expect that they will have to return the received payments. In German and English law, strict liability applies if the action for restitution in unjust(ified) enrichment has been filed, which is not the case if the proceedings for the final appeal are pending. It is my opinion that this should not be changed by the fact that the recipient is aware that the final appeal on points of law has been filed. This view is also supported by statistics, according to which, in 2017, 71% of the contested higher court judgements were confirmed by the Supreme Court.[92] Thus, it is rather unlikely that a final judgement

[88] A. Galič, "Kdaj je mogoče prejeto obdržati: neupravičena obogatitev in 195. člen OZ (216. člen ZOR)", *Odvetnik*, *5/4 (2003)*, 7, fn. 8.

[89] *See e.g.* Supreme Court of the Republic of Slovenia, cases Nos. II Ips 193/2010, dated 21 November 2013, II Ips 731/2007, dated 23 June 2010, and II Ips 532/2009, dated 8 April 2010.

[90] Supreme Court of the Republic of Slovenia, case No. II Ips 193/2010, dated 21 November 2013.

[91] A. Galič, 6–8.

[92] The annual report of the Supreme Court for 2017 is available at: *http://www.sodisce.si/mma_bin.php?static_id=2018051513241144*, last visited 16 November 2018.

would be reversed by the Supreme Court, and even less so if the appealed judgement is in line with the settled case law.[93]

If a judgement creditor is not allowed to dispose of the money received (as they otherwise risks disenrichment), the institution of the enforceability of final decisions is completely negated. Furthermore, it is not in line with one of the main functions of damages, which is to promptly compensate the loss suffered, so that the purpose for which theywere awarded may still be achieved. The interpretation of the Supreme Court is strongly in favour of the judgement debtor, whereas the burden of subsequent disenrichment is fully on the judgement creditor's side. Such an approach is particularly questionable, as the judgement debtor who filed the final appeal on points of law has other effective legal remedies to protect their position. Namely, they can, under certain conditions (if they prove that they would otherwise suffer irreplaceable damage in excess of the harm caused to the judgement creditor by the postponement of the enforcement), demand that the court postpone the enforcement of the final judgement.[94]

5. CONCLUSION

Change of position is a defence against an unjust(ified) enrichment claim stating that the recipient is no longer enriched. It was first introduced as a rule of loss of enrichment in the German and Swiss civil codes, under the influence of the Pandectists. Nowadays, it forms an integral part of the law of unjust(ified) enrichment in numerous legal systems and is as such promoted in the model rules of the DCFR and PEL Unj. Enr. It is underpinned by the "no worse off" rationale and aims to protect the security of the receipt; by doing so it reflects the principles of legal certainty and the rule of law. This has contributed to the recognition of the change of position defence in EU law. As a manifestation of the protection of property, the security of the receipt also enjoys the protection of the European Convention on Human Rights. According to the recent ECtHR case law, it seems that the Court is in favour of recognising the change of position as well.

The Slovenian Code of Obligations does not contain an express defence of change of position. However, there is a special provision which allows a *bona fide* recipient of compensation for personal injury to rely on disenrichment if it subsequently turns out that the compensation was without valid legal basis. It is therefore debatable whether the change

[93] See also: D. Možina, 165.

[94] Article 71 of the Claim Enforcement and Security Act (Zakon o izvršbi in zavarovanju, *Official Gazette of Slovenia*, No. 3/07 with amendments).

of position defence should be universally recognized in Slovenian law, i.e. also outside the scope of wrongfully paid compensation. While theory supports this view, legal practice seems rather reluctant to apply it in all types of enrichment claims. Its philosophical foundations and the rationale underpinning it speak in favour of its recognition. However, when applying the change of position defence, the courts should find a proper balance between the interests of both parties, taking into account various factors, especially their good or bad faith, and the way in which the enriching event was brought about.

REFERENCES

Bamberger, H. G. *et al.*, BeckOK BGB, 45th edition, Verlag C.H. Beck, Munich, 2017.

Birks, P., *Unjust Enrichment,* 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Burrows, A., *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Chambers, R., Mitchell, C., Penner, J., *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Cigoj, S., *Teorija obligacij: splošni del obligacijskega prava*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2003.

Danilović, J., "Neosnovano obogaćenje", in: Ristić S. (ed.), *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Novinsko-izd. ustanova Službeni list SFRJ, Belgrade, 1978.

Dannemann, G., *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Dawson, J. P., *Erasable Enrichment in German Law*, Boston University Law Review, Vol. 61, No. 2, 1981, 271–314.

Dolenc, M., "Pravne posledice ničnosti pogodbe (o nekaterih problemih kondikcijskih zahtevkov)", *Pravni letopis* (2011), 19–32.

Dyson, A., Goudkamp, J., Wilmot-Smith, F., *Defences in Unjust Enrichment*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2016.

Edelman, J., "Change of Position: A Defence of Unjust Enrichment", *Boston University Law Review*, Vol. 92, 2012, 1009–1034.

Flessner, A., *Wegfall der Bereicherung, Rechtsvergleichung und Kritik*, de Gruyter, Mohr, Tübingen, 1970.

Flume, W., in: Ernst W. (ed.), *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, 103–176.

Galič, A., "Kdaj je mogoče prejeto obdržati: neupravičena obogatitev in 195. člen OZ (216. člen ZOR)", *Odvetnik*, 5/4 (2003), 6–8.

Goetzke, H., "Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht?", *Archiv für die civilistische Praxis 173* (1973), 289–322.

Goff, R., Jones, G. H., *The Law of Unjust Enrichment*, 8th edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London, 2011.

Gordley, J., "Restitution without Enrichment? Change of Position and Wegfall der Bereicherung", in: Johnston D., Zimmermann R. (eds.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 227–242.

Häcker, B., *Consequences of Impaired Consent Transfers: A Structural Comparison of English and German Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

Jansen, N., "Farewell to Unjustified Enrichment?", *Edinburgh Law Review*, Vol. 20, Issue 2, 123–148.

Juhart, M., Plavšak, N. (eds.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, Vol. 2, GV založba, Ljubljana, 2003.

Kaser, M., Knütel, R., *Römisches Privatrecht*, Beck, Munich, 2014.

Konstantinović, M., "Obligacije I ugovori: skica za zakonik o obligacijama I ugovorima", Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta, Belgrade, 1969.

Kupisch, B., *Ungerechtfertigte Bereicherung: Geschichtliche Entwicklungen*, R. v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1987.

Lapajne, S., *Današnje kondikcije*, Juridična fakulteta, Ljubljana, 1926.

Lapajne, S., *Reparacije civilnega prava*, Slovenski Pravnik, Ljubljana, 1927.

Loewenheim, U., *Bereicherungsrecht*, 3rd edition, Beck, Munich, 2007.

Lutman, K., "Vračanje izpolnitev zaradi prenehanja pogodbe", in: Možina D. (ed.), *Razsežnosti zasebnega prava: Liber amicorum Ada Polajnar Pavčnik*, Pravna fakulteta v Ljubljani, Litteralis, Ljubljana, 2017, 169–187.

Možina, D., "Vsebina in obseg obogatitvenega zahtevka", in: Možina D. (ed.), *Razsežnosti zasebnega prava, Liber amicorum Ada Polajnar Pavčnik*, Pravna fakulteta v Ljubljani, Litteralis, Ljubljana, 2017, 143–167.

Povh, Z., "Jugoslawien: Gesetz über Schuldverhältnisse (Obligationenverhältnisse)", *Jahrbuch für Ostrecht XXIX* (1988), 291–294.

Reimann, M., Zimmermann, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Rückert, J. *et al.*, "Historisch-kritischer Kommentar zum BGB", *Schuldrecht: Besonderer Teil*, Vol. 3, 2, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

Säcker, F. J. *et al.* (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (MüKoBGB), Vol. 6, 7th edition, Verlag C. H. Beck, Munich, 2017.

Schlechtriem, P., *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa: Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Vol. 1, 2, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, 2001.

Smith, Lionel, *Restatement of the Law Third, Restitution and Unjust Enrichment*, American Law Institute Publishing, 2 Vols, St. Paul, Minnesota, 2011.

Strajnar, Z., "Verzije – predpostavke, obseg vračanja ter razmerje med obligacijskopravnimi in stvarnopravnimi povračilnimi zahtevki", *Pravosodni bilten* 33/1 (2012), 11–32.

Von Bar, C., Swann, S. (eds.), *Principles of European Law: Unjustified Enrichment*, Sellier, Munich, 2010.

Von Caemmerer, E., "Bereicherung und unerlaubte Handlung", in: Döllte H., Rheinstein M., Zweigert K. (eds.), *Festschrift für Ernst Rabel*, Vol. 1, Mohr, Tübingen, 1954, 333–401.

Vrenčur, R., "Splošna razvrstitev obogatitvenih obveznosti", *Zbornik 2. Dnevov stvarnega in zemljiškoknjižnega prava*, 2010, 81–100.

Wilburg, W., *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Leuschner & Lubensky, Graz, 1934.

Williams, R., *Unjust Enrichment and Public Law: A Comparative Study of England, France and the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010.

Zimmermann, R., "Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, No. 3, 1995, 403–429.

Zimmermann, R., du Plessis, J., "Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment", *Restitution Law Review* 1994, 14–43.

Zimmermann, R., *The Law of Obligations*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Article history:
Received: 6.1.2019.
Accepted: 7.2.2019.

УДК 336.225.53.055.4(497.11); 343.352:336.225.68

CERIF: S141

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901069K

Svetislav V. Kostić, PhD*

Danilo Vuković, PhD**

THE PERFECT SILENCE: AN EMPIRICAL STUDY ON HOW IGNORANCE AND LACK OF CRITICAL DEBATE EFFECT THE PROCESS OF ENACTING TAX LEGISLATION IN SERBIA***

In this paper the authors deal with the crucial question of the ability of the Serbian institutions and society to apply adequate scrutiny with respect to the enactment of tax legislation. After providing a description of the current Serbian law-making and public consultations framework, and analyzing the relevance of the transitional nature of the Serbian political environment on the approach to the business of legislating, the authors choose three case studies which lead to the conclusion that it is the lack of even basic knowledge regarding taxation, at the level of the members of parliament and the media, combined with the silence and inertness of Serbian professional circles to participate in public debates on tax policy, that is enabling many questionable norms to enter Serbian legislation without any notable opposition or deliberation. Finally, the authors propose certain measures that could improve the public consultations process.

Key words: *Fair and sustainable taxation. – Democracy. – Lawmaking. – Policymaking. – Tax policy. – Professional expertise. – Corruption.*

---

* Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law, *skostic@ius.bg.ac.rs*.

** Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, *danilo.vukovic@ius.bg.ac.rs*.

*** Danilo Vuković's work on this article was part of the project of the University of Belgrade, Faculty of Law "Identity Transformation of Serbia".

1. INTRODUCTION

Fair and sustainable taxation is a political ideal whose origins can be traced as far back as the ancient verses of *The Mahabharata*:

"A king should milk his kingdom like a bee gathering honey from plants. He should act like the keeper of a cow who draws milk from her without boring her udders and without starving the calf. The king should (in the matter of taxes) act like the leech drawing blood mildly. He should conduct himself towards his subjects like a tigress in the matter of carrying her cubs, touching them with her teeth but never piercing them therewith. He should behave like a mouse which though possessed of sharp and pointed teeth still cuts the feet of sleeping animals in such a manner that they do not at all become conscious of it. A little by little should be taken from a growing subject and by this means should he be shorn. The demand should then be increased gradually till what is taken assumes a fair proportion. The king should enhance the burthens of his subjects gradually like a person gradually increasing the burthens of a young bullock(...) The king should never impose taxes unseasonably and on persons unable to bear them. He should impose them gradually and with conciliation, in proper season and according to due forms. These contrivances that I declare unto thee are legitimate means of king-craft."[1]

Such ideals cannot be achieved in contravention of the democratically expressed will of the people. They primarily require the application of the principles of fair taxation, which are fundamentally dependent on the acquiescence of the electorate.[2] Comparative legislation testifies that the principles of "no taxation without representation" and "people's sovereignty in tax matters" are widely accepted.[3] If this is true, the key question with that we face is what kind of consent is in place

---

1 *The Mahabharata*, Book 12: Santi Parva, Part I: Rajadharmanusasana Parva, Section LXXXVIII, translation by K. M. Ganguli, *http://sacred-texts.com/hin/m12/m12a087.htm*, accessed 11 February 2019.

2 Para. 23 of the Eighth Report of Session 2010–2011 issued by the Treasury Committee of the UK House of Commons, titled *The Principles of Tax Policy* states: "A tax system which is felt to be fundamentally unfair will quickly lose political support. However, judgements about the fairness of policy details are politically contested and a major way in which parties distinguish themselves from one another. This can obscure the fact there is a significant amount of consensus on fairness. The differences are often matters of degree and emphasis. For example, although there are arguments about the extent to which taxation should redistribute resources directly, there is general support for some redistribution." (*https://publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmtreasy/753/753.pdf,* accessed 11 February 2019).

3 See A. P. Dourado, "General Report – In Search of Validity in Tax Law: The Boundaries Between Creation and Application in a Rule-of-Law State" in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A. P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 30–31.

in the case of tax laws? Is the purely formal consent of the electorate enough? Or should we aim for the ideals of participatory democracy? It is parliament that must enact tax legislation, thus giving it the constitutional seal of approval However, it is not uncommon that legislative proposals, tabled by the government, are not discussed in detail or subjected to much scrutiny by the members of parliament.[4] Hence, is the consent of the rather ignorant legislators, who sit in the parliaments and on whom the electorate relies on to enforce its sovereignty, enough?

One may further wonder whether we need active participation of the general public in lawmaking? In other words, if the legislative process, as well as in the process of drafting legislation, contains no mechanism for effective public debate and scrutiny, or if the application of such a mechanism is inadequate, the increasingly complex tax legislation becomes plagued by a democratic deficit and confined to a small circle of civil servants and high-ranking politicians. The increasing complexity of the contemporary social, economic and consequently tax system, commonly recognized nowadays, is making the tax laws opaque to the average taxpayer and they are unable to evaluate whether their tax liabilities are generated by a fair set of rules.[5] In such an environment the temptation of corruption, understood in the broadest sense as the misuse of public office for private gain,[6] may become too great to resist. This may also undermine the fundamentals of the whole democratic system of government, as Heymann poignantly stated: “If the choice to much of the population appears to be one between elected figures serving the interests of narrow but wealthy constituencies or authoritarian governments serving much broader interests, democracy is very much at risk.”[7]

The issue of social and political complexity goes beyond the field of taxation and in some accounts it undermines democracy itself. However, our analysis will be limited to the complexity of tax issues, understood

[4] See E. de Crouy-Chanel, A. Maitrot de la Motte, “France”, in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 99; K. Kimura, “Japan”, in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 139; H. Gribnau, “Netherlands”, in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 158; G. Erdos, “Depicting National Tax: Hungary”, in *Tax Legislation – Standards, Trends and Challenges* (eds. W. Nykiel, M. Sek), Wolters Kluwer SA, Warsaw 2015, 287.

[5] See L. Zelenak, “Complex Tax Legislation in the TurboTax Era”, 1 *Columbia Journal of Tax Law* (2010), 93.

[6] See S. Rose-Ackerman, “Corruption and Democracy”, 90 *Am. Soc’y Int’l L. Proc.* (1996), 83. *Cf.* M. Patrick Yingling, “Conventional and Unconventional Corruption”, 51 *Duq. L. Rev.* (2013), 264.

[7] P. B. Heymann, “Democracy and Corruption”, 20 *Fordham Int’l L.J.* (1996–1997), 328.

as the comprehensibility of tax legislation, which requires the ability to understand a) the subject matter with which the legislation is dealing (content) and b) the language used to draft the legislation (text).[8] This has been addressed by a wide spectrum of institutional mechanisms that enable public deliberation on tax issues, spanning from institutionalized public hearings and public and government commissions to general public discussion that includes various actors such as political parties, media, think tanks etc.[9] However, in all these cases the underlying assumption is that there are (1) institutional mechanisms and (2) a professional community capable of participating into the discussion or feeding it.[10] By building upon new institutionalism in sociology and economy, one emphasizes the importance of institutions in shaping social interests, social actions and particular policy outcomes.[11] On the other hand, professional expertise is an essential element in highly complex social and institutional environments and our analysis will point out various models of professional inclusion in the democratic and/or deliberative lawmaking process.

In order to shed additional light on the nexus between tax legislation and the democratic lawmaking process, our analysis will primarily be based on three Serbian case studies that share the following features: (1) the tax issues in question were rather simple and not as highly complex as literature typically assumes; (2) in each case, there was a single group of actors who benefited from the particular tax policy while the general public or the state budget were on the opposite end; (3) they were set in an environment characterized by the lack of deliberative institutions and limited professional resources, which hindered public oversight of the lawmaking process. While the authors will rely on these recent country-specific examples, they will attempt to derive from them principle issues that can be transmitted to other jurisdictions, particularly those plagued by the same deficiencies from which Serbia suffers. Our research will attempt to outline the primary deficiency points within the

---

8 See F. H. Pedersen, "Advancing the Study of Tax Complexity with the Usability Model", 12 *Hous. Bus. & Tax L.J.* (2011–2012), 303, citing B.C.Martindale et al., "Tax Law Complexity: The Impact of Style", 29:4 *J. Bus. Comm.* (1992), 383.

9 J.M. Mössner, "Tax Legislation in Germany – Procedures, Actors, Results, Critics", in *Tax Legislation – Standards, Trends and Challenges*, (eds. W. Nykiel, M. Sek), Wolters Kluwer SA, Warsaw 2015, 96–97.

10 e.g. regarding the involvement of academics in the German legislative process, Mössner states that "everybody quotes but nobody minds them." *Ibid.*, 96.

11 See E. Amenta, "State-Centered and Political Institutional Theory: Retrospect and Prospect" in *The Handbook of Political Sociology: States, Civil Societies, and Globalization* (eds. T. Janoski et al.), Cambridge University Press, Cambridge, 2005; M. Brinton, V. Nee (eds.), *The New Institutionalism in Sociology*, Russell Sage Foundation, New York, 1998; P. Hall, R. Taylor, "Political Science and the Three New Institutionalisms", *Political Studies*, 44/1996, 936–957.

democratic legislative process, as well as to point out, using comparative legal method, solutions (or combinations thereof) that best remedy the determined deficiencies.

2. THE CONTEXT: LAWMAKING AND PUBLIC CONSULTATIONS

Serbia is a late-comer to the camp of Central and East European transitional countries. After a period of delayed or postponed post-socialist transformation (1990–2000), it has undergone a series of reforms that have resulted in a system that is often phrased as political or state-centered capitalism, characterized by (1) the dominance of the state over the society and the economy (with a significant share of GDP being produced by the public sector) and (2) political control over the media, independent regulatory bodies and the judiciary, which has resulted in their inability to process major corruption-based scandals.[12] Furthermore, the system suffers from a strong influence of the business elite on government decisions, which has often been designated as state capture by powerful economic and political elites.[13] Furthermore, both our first (the 2006 Family Affair) and third case study (the Mystery of the Tax Rate in 2012) are referred to in existing academic literature as examples of corruptive state-capture by powerful interests.[14]

Serbia has a semi-presidential system featuring a relatively weak parliament and a politically dominant executive government. Empirical studies have provided evidence of deficiencies in the lawmaking process at three key stages: weak internal capacities of the parliament with its role being reduced to a mere transmitter of decisions reached by the executive branch, externalization of the lawmaking process within the

[12] See S. Antonić, *Elite, građani i slaba država*, Službeni glasnik, Belgrade 2006, 31; M. Lazić, J. Pešić, *Making and unmaking state-centered capitalism in Serbia*. Čigoja, Belgrade 2012, 11.

[13] See S. Cvejić (ed.), *Informal Power Networks, Political Patronage and Clientelism in Serbia and Kosovo*,* SeConS, Belgrade, 2016; L. Cohen, J. Lampe, *Embracing Democracy in the Western Balkans: From Postconflict Struggles toward European Integration*, Woodrow Wilson Center Press and The Johns Hopkins University Press, Washington, D.C. and Baltimore, 2011; M. Mendelski, "They Have Failed Again! Donor-Driven Promotion of the Rule of Law in Serbia", *Südosteuropa* 61/2013, 79–113. However, it should be noted that the described state capture in one of its variations is evident even in the most developed democracies in the world today, *see*: T.K. Kuhner, "The Corruption of Liberal and Social Democracies", 84 *Fordham L. Rev.* (2015–2016), 2453.

[14] See G. Ilić-Popov, D. Popović, "Poreska struktura i korupcija", *Anali Pravnog fakulteta*, 1/2014, 17–19.

executive branch, and weak public participation. [15] These three points will be discussed in details in the following paragraphs.

National Assembly of the Republic of Serbia (NARS) has minor influence on the actual content of legislation because it is dominated by strong political parties, while its role in lawmaking and policymaking is additionally constrained by its internal procedures, budgetary dependence, and a weak administrative and professional structure.[16] On the other hand, lawmaking activities are very intensive. This is a characteristic of all EU accession countries and Serbia is no exception in adopting a fast-track legislative procedure in order to meet the requirements of harmonization with the *acquis*.[17] As a consequence, legislation may be passed using a special "urgent" procedure, which shortens the debate process, sometimes to only a couple of days. Almost half of the laws enacted in Serbia in the 2001–2019 period (44%) have been passed using the urgent procedure which left members of parliament with *less than a day per law* for discussion and voting. During some periods (e.g. in 2014) this figure reached as much as 88% of all enacted laws. Research shows that members of the NARS testified that on some occasions they had only a few minutes to discuss a particular law. Often several legislative proposals were jointly discussed at the plenary session, thus leaving members of parliament even less space and time for deliberation. In conclusion, meaningful parliamentary deliberation and discussion remain virtually absent for one in two enacted laws in Serbia.[18] Sadly, most the recent trends in Serbian parliamentary practice[19] only contribute

---

[15] For a detailed account *cf.* D. Vuković "The Hollowing Out of Institutions: Law– and Policymaking in Contemporary Serbia" in *Central and Eastern European Socio–Political and Legal Transition Revisited* (eds. B. Fekete, F. Gárdos-Orosz), Peter Lang, 2018, 155–175.

[16] For a detailed discussion of Serbian legislative procedures *cf.*: M. Pajvančić, *Parlamentarno pravo*, Konrad Adenauer Foundation, Belgrade 2008; V. Pavlović, S. Orlović (eds.), *Dileme i izazovi parlamentarizma*, Faculty of Political Sciences and the Konrad Adenauer Foundation, Belgrade 2007; D. Milovanović et al., *Studija o unapređenju zakonodavnog procesa u Republici Srbiji*, Belgrade 2012 (available at *http://www.transparentnost.org.rs/images/publikacije/GIZ%20srpski%20zasticena%20verzija%20(1).pdf*).

[17] See A. Ágh, "Parliaments as Policy-Making Bodies in East Central Europe: The Case of Hungary", *International Political Science Review/Revue internationale de science politique*, 4/1997, 417–432; P. Kopecký. "Power to the Executive! The Changing Executive-legislative Relations in Eastern Europe", *The Journal of Legislative Studies,* 10/2004, 142–153; K. H. Goetz,R. Zubek, "Government, Parliament and Law-Making in Poland", *The Journal of Legislative Studies,* 4/2007, 517–538; V. Pettai, Ü. Madise, "The Baltic Parliaments: Legislative Performance from Independence to EU Accession", *The Journal of Legislative Studies,* 12/2006, 291–310.

[18] D. Vuković (2018), 165.

[19] Submission of irrelevant amendments by the members of the ruling parties, which are duly withdrawn prior to voting on the respective legislation, in order to deny opposition representatives time for debate.

to the increasing lack of any debate on legislative proposals tabled by the executive branch of government.

Similar to many jurisdictions, the executive branch of government dominates the lawmaking process.[20] Typically, individual ministries or government authorities are responsible for initiating the legislative process and setting up working groups that are responsible for drafting legislative proposals. These working groups are usually composed of civil servants and external members: representatives of the professional community and civic society (e.g. external experts, university professors, NGOs etc.). Research data suggests that one of the main arguments in the selection process of members of legislation working groups is utilitarian: i.e. to secure financing of the working group, social or political support, the majority in the group is for a particular issue, etc.[21] This opens up space for rather strong influence of external actors, as it remains unclear whose interests are being represented by the members of the working group.

One of the reasons behind this externalization of lawmaking and policymaking are the limited institutional and professional capacities of the government ministries. The capacities of the executive branch of government in Serbia (i.e. the civil service) have suffered a decline throughout the transition process that has lasted nearly two decades. It has been weakened by a brain drain and its inability to attract highly-skilled professionals.[22] These remarks are particularly true with respect to the Serbian Tax Administration (STA).[23] On the other hand, the internal

[20] *Cf.* J. Heinrich, I. Prinz, "Austria", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 57–58; B. Peters, E. van de Velde, "Belgium", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 66–67; J. G. Nielsen, "Denmark", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 89–90; E. de Crouy-Chanel, A. Maitrot de la Motte, *op. cit.*, 98; L. del Fedreico, R. Castigione, F. Miconi, "Italy", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010, 129–130; H. Gribnau, "Equality, Legal Certainty and Tax Legislation in the Netherlands – Fundamental Legal Principles and Checks on Legislative Power: A Case Study", 9 Utrecht L. Rev. (2013), 56.

[21] See Vuković (2018), 160

[22] See J. Laušev, "Public Sector Pay Gap in Serbia during Large-Scale Privatisation, by Educational Qualification" *Economic Annals,* 47/2012, 7–24. Although salaries in the public sector have increased after 2000, the salaries of the highly qualified employees in the private sector are higher than in the public sector, while this is not the case with employees with lower qualifications. This diminishes the attractiveness of the public sector for the most qualified workforce.

[23] See S. Kostić, "Administrativni okvir kao ključna prepreka usklađivanju srpskog poreskog prava sa pravom Evropske unije" in *Usklađivanje poslovnog prava*

structure of the executive branch is not conducive to effective lawmaking and policymaking. It was, and still is, hierarchically structured and functions in a rather old-fashioned authoritarian way with top leaders initiating and designing policies. There were attempts to reform public administration, but a lot remains to be done: recruitment decisions are still based on political affiliation and are at the managers' discretion, while the socio-economic position of public servants deteriorated after the reductions in salaries that came as a result of more recent austerity measures.[24]

Lawmaking procedure also envisages public participation. Mechanisms that are intended to secure participative democracy in Serbia range from public consultations during the preparation of legislation to permanent (tripartite) consultation forums such the Socio-Economic Council. Government ministries are obliged to conduct public consultations in cases where the draft law significantly changes the legal regime in a particular field or regulates issues of particular interest for the general public.[25] However, these cases are not defined: it is unclear in which cases a legal regime is significantly changed or when the general public is particularly interested in a certain matter. The regulation provides no meaningful guidance as to how the consultations ought to be held and more particularly the way in which the government ministries should handle the inputs gained from such public consultations. In addition to being ineffective, many of these mechanisms were often perceived as politically abused.[26] The same applies to the mechanisms of public hearing, whereby government should be given the opportunity to present

---

Srbije sa pravom Evropske unije (2016), (ed. V. Radović) University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade 2016, 400–415.

[24] *Cf.* J. Džinić, "Public administration reform in Serbia", *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave,* 11/2011, 1075–1105; S. Eriksen, "Institution Building in Central and Eastern Europe: Foreign influences and Domestic Responses", *Review of Central and East European Law,* 32/2007, 333–369; T. Verheijen, A. Rabrenovic, "Civil Service Development in Central and Eastern Europe and the CIS: A Perfect Storm?" in *Comparative Civil Service Systems in the 21st Century* (eds. F. M. van der Meer, J.C.N. Raadschelders, T.A.J. Toonen), Palgrave Macmillan, 2015, 25; *Basic Measurement Report: The Principles of Public Administration. Serbia*.OECD/SIGMA, Paris 2015, available at *www.sigmaweb.org*.

[25] Art. 77 of the Law on Public Administration, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014.

[26] See D. Milovanović et al. *op. cit.*; D. Vuković, *Kako nastaju zakoni u Srbiji: uloga društvenih interesa i institucija u zakonodavnom procesu*, SeConS and University of Belgrade Faculty of Philosophy Institute for Social Studies, Belgrade 2013; J. Jelinčić, S. Đurović (eds.), *Evropeizacija Srbije – Građansko društvo*, Fund for Open Society, Belgrade, 2011; J. Vukelić, "Neposredno učešće građana u donošenju odluka na lokalnom nivou vlasti u Srbiji", *Sociologija*, 3/2009, 291–312.

its policy solutions and collect various inputs.[27] As expected, this trend is easily reflected in the process of drafting and enacting tax legislation.[28]

3. THE EMPIRICAL FRAMEWORK – THREE CASE STUDIES

The case studies which were used as the empirical basis all share a simple pattern of vested interests, with a single group – or even a subgroup – of social actors being the primary beneficiaries of the newly introduced policies, with the general public or the state budget being on the opposite side of the equation. In each of these cases the authors conducted (1) a qualitative analysis of media coverage, targeting four largest Serbian daily newspapers and key electronic and internet-based media;[29] (2) a study of relevant legal and policy documents and scientific literature; (3) a detailed analysis of transcripts of parliamentary sessions where the draft laws relevant for our empirical framework were on the agenda; as well as (4) a series of six semi-structured interviews with key tax experts in the country.[30] The aim of this segment of our analysis was to determine the key features of the particular tax issue and to analyze public and political debates surrounding it.

3.1. A 2006 Family Affair

In late 2004 an inconspicuous provision was added to the Serbian Personal Income Tax Law (PITL) regarding the determination of the basis for the purpose of capital gains taxation:

---

27 *Cf.* S. Vukadinović, "Značaj i primena javnog slušanja na nacionalnom i lokalnom nivou", *Pravni zapisi*, 1/2015, 26–51; S. Vukadinović, "Javno razmatranje u funciji prevazilaženja demokratskog deficita, javna rasprava i razgraničenje od javnog slušanja", *Pravni zapisi,* 1/2016, 20–54. These mechanisms were introduced into Serbian parliamentary life in 2009. In the first several years they were used more frequently (e.g. 11 times in 2009, 16 in 2011, 29 in 2013) than today (6 times in 2016 and 1 in both 2017 and 2018).

28 See G. Ilić-Popov, S. Kostić, "Depicting National Tax Legislation: Serbia", in *Tax Legislation – Standards, Trends and Challenges*, (eds. W. Nykiel, M. Sek), Wolters Kluwer SA, Warsaw 2015, 377.

29 The analysis covered the four daily newspapers with the largest circulation (*Politika*, *Danas*, *Blic* and *Novosti*) and 16 internet portals chosen to represent a variety of opinions and political profiles. These included the Internet portals of major TV stations (e.g. RTS, B92), news agencies (Tanjug), and dailies and weeklies (Novi Magazin, Press, etc.).

30 Altogether 12 potential respondents were selected based on the following criteria: (1) they are tax experts teaching at public or private universities, (2) they have recently published on tax issues in relevant national or international publications and (3) they have no permanent professional affiliation with STA, MoF or other relevant public institution dealing with taxes or with the tax consultancies, a total of 6 interviews were held, with 1 rejection.

"If a right, share or security were acquired by a taxpayer through a gift or a contract on maintenance for life, as the acquisition value from Article 74, paragraph 1 of this Law shall be deemed the market value of the right, share or security which was used or could have been used as the basis for property transfer tax at the moment of their acquisition by the taxpayer." [31]

No comprehensive reasoning was provided by the Serbian Government (SG) why this rather unique solution was introduced[32] to replace the one, customarily found in comparative legislation,[33] which called for the carry-over of basis from the donor to the donee.[34] Since under Serbian law gifts between spouses and those made by parents to their children were and still are exempt from Gift Tax,[35] this transfer of property cannot lead to a taxable capital gain. Serbian taxpayers were quick to realize the tax planning opportunity emanating from the introduced rule and the introduction of the mentioned amendment to the PITL coincided with a disproportional increase in the number of requests to transfer ownership of securities by virtue of gift contracts.[36]

[31] Art. 42 of the Law on the Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 135/04. (translated by author)

[32] The Proposal of the Law on the Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 24/01, 80/02 submitted by the Serbian Government to the Serbian Parliament in 2004, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=43283*, accessed 11 February 2019.

[33] See V. Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, 266.

[34] Art. 75 of the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 24/01, 80/02 stipulated: "If a right, share or security were acquired by the taxpayer through a gift, as the acquisition value from Article 74, paragraph 1 of this Law shall be deemed the value at which the donor acquired the same right, share or security." (translated by author)

[35] Art. 20(1)(1) of the Property Taxes Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 26/01, 45/02, *Official Gazette of the Federal Republic of Yugoslavia,* No.42/02, *Official Gazette of the Republic of Serbia,* Nos. 80/02, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12, 47/13, 68/14.

[36] See S. Kostić, "Oporezivanje kapitalnih dobitaka fizičkih lica ostvarenih prodajom imovine stečene poklonom", *Pravni život*, 10(II)/ 2006, 914. The author cites the Opinion issued by the Serbian Securities Commission No. 5/0–18–860/05–05, dated 15 April 2005, in response to a request by the Serbian Central Securities Depository and Clearing House, which makes evident that the introduction of the mentioned amendment to the Serbian Personal Income Tax Law coincided with a disproportional increase in the number of requests to transfer ownership of securities by virtue of gift contracts. The tax planning was quite elementary, assuming that an individual initially bought shares for 100 while the value of these shares rose to 200. Instead of selling the shares and generating a taxable capital gain of 100, the individual could simply gift these shares to their spouse, where such a transfer would not be taxable at all. The donee spouse could literally on the next day sell the shares for the same amount and would benefit from being able to apply

In its opinion, issued on 18 July 2006, the Serbian Ministry of Finance (MoF) stated, without any statuary basis, that for the purposes of determining the capital gain on the sale of shares acquired by virtue of a gift made between spouses and those who are in the first order of inheritance in relation to the donor, the acquisition value of the shares should be considered as equal to zero.[37] Despite the fact that the MoF took such a radical position, the NARS enacted the Law on the Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law[38] on the very next day, 19 July 2006, without altering the evidently problematic provision regarding the basis for capital gains taxation purposes of property acquired through gifts.

After a turbulent period during which the Serbian Supreme Court had to overturn the occasional application by the STA of the unsubstantiated interpretation found in the cited opinion of the MoF,[39] in 2009 the NARS reinstated the approach to the determination of basis for capital gains purposes of property acquired through gifts found in the PITL prior to the 2004 amendments.[40] The explanatory section of the legislative proposal submitted by the SG to the NARS states that the introduced amendment (transfer of basis from the donor to the donee instead of using as the acquisition value the market value of the property at the time of donation) represents a mere clarification of the rules.[41] Despite a highly combative political environment, Serbian parliamentarians showed no interest to this particular amendment and it was adopted without any substantial debate.

In this case we find a controversial tax measure in place from 2004 to 2009, that was beneficial to a limited circle of individuals. The MoF attempted to alter the workings of the measure by an opinion that was overturned by the Supreme Court's jurisprudence. In the end, the 2009 reinstatement of the approach found in the Personal Income Tax Law prior to the 2004 amendments were represented by the SG as a mere "clarification of the rules." During this period only a limited

for capital gains taxation purposes the acquisition value identical or very close to the selling price of the shares, thus avoiding capital gains taxation.

[37] Opinion of the Serbian Ministry of Finance, No. 414–00–118/2006–04 dated 18 July 2006.

[38] *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 62/2006.

[39] Serbian Supreme Court judgment No. U. 9152/07 dated 19 June 2008.

[40] Art. 11 of the Law on the Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 31/09.

[41] The Proposal of the Law on the Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06 submitted by the Serbian Government to the Serbian Parliament in 2009, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=101854*, accessed 11 February 2019.

set of publicly available reactions appeared in academic papers.[42] The opposition parliamentarians were mute on the issue during the debate on the respective measures, both in 2004 and in 2009. Finally, the authors were not able to identify media coverage of the issues in major outlets and all in all the SG was able to suffer no political consequences.

3.2. The 2010 Overpaid Air Traffic Controller

On 9 April 2010 virtually all Serbian media reported that according to the STA the wealthiest personal income taxpayer in the country for 2009 was an air traffic controller from Belgrade.[43] Such a headline cannot be fully appreciated without being aware of three crucial factors.

The first one is tax-technical: Serbia has in essence a schedular personal income system, wherein every particular item of income is subjected to a specific tax form (e.g. employment income to Salary Tax, capital gains to Capital Gains Tax, etc.). However, following the archaic *Romanic* model, if an individual's annual income from (almost) all sources exceeds a certain statutory threshold, they are subjected to an additional layer of taxation in the form of the Annual Personal Income Tax (APIT).[44] Thus, the air traffic controller from the beginning of our story, at least in principle, reported the highest individual annual income in Serbia in 2009.

The second factor is socio-economic: from a highly egalitarian society, during the last several decades Serbia rapidly transformed into a country with the greatest income inequalities and risk-of-poverty rates when compared to EU countries.[45] The socio-economic position of the middle classes was significantly worsened, particularly it's income. In the post-2000 period it managed to partly recover, but in the period after

---

[42] e.g. S. Kostić, (2006), G. Ilić-Popov, D. Popović, "Oporezivanje kapitalnih dobitaka u srpskom poreskom pravu: tri razloga za zabrinutost poreskih pravnika", in *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije* (ed. S. Taboroši), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade 2008, 51–57.

[43] e.g. "Kontrolor leta najviše zaradio" (Air Traffic Controller is the Highest Earner) Radio Television of Serbia (RTS), 09 April 2010, available at *http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/Dru%C5%A1tvo/620481/Kontrolor+leta+najvi%C5%A1e+zaradio.htmm*, accessed 11 February 2019; "Porez na platu kontroloru leta – 36,8 miliona dinara" (Tax on the Air Traffic Controller's Salary – 36.8 million RSD), *Politika*, 08 April 2010, *http://www.politika.rs/scc/clanak/130530/Porez-na-platu-kontroloru-leta-36–8-miliona-dinara*, accessed 11 February 2019

[44] See D. Popović, *Poresko pravo*, University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade 2018, 305.

[45] See J. Žarković Rakić, "Kako se Srbiji dogodila visoka nejednakost u raspodeli dohotka", MONS 1/2017, *http://mons.rs/kako-se-srbiji-dogodila-visoka-nejednakost-u-raspodeli-dohotka*, accessed 11 February 2019.

the 2008 economic crisis its financial position has been declining again.[46] On the other side, during the transition a small number of individuals became extremely wealthy, with a large share of the new economic elite emerging through the conversion of political into economic capital.[47] If one takes into account that this process took place in a historical setting which included several regional armed conflicts, international sanctions and domestic political unrest, it is hardly surprising that the general population had a rather negative view of the newly-created economic elite, which was awarded the term "tycoons" (similarly to the "oligarchs" in the Russian Federation). Finally, the identities of the individuals who were perceived to be the most affluent members of Serbian society were and are public knowledge. In other words, the names, and in most cases the principal businesses they are involved in, of their richest compatriots are household items for most citizens of Serbia.

Taking into account these factors, it becomes quite perplexing that the only public reaction to the mentioned headline came on the same day (9 April 2010) in the form of a statement by the Serbian Air Traffic Controllers Association in which they lament on the fact that the salaries of air traffic controllers are nowhere near the amounts which could be assumed from the information which was reported by the media.[48] In other words, the only discussion which arose from the mentioned headline was related to the question whether air traffic controllers in Serbia are overpaid, which seems to be of secondary relevance when facing all the potential tax issues arising from only a superficial analysis.

In this case the media unquestioningly published information presented to it by the STA, while the STA did not feel the need to explain the rather puzzling information that it was revealing. Strikingly, it appears that the STA was correct in its approach, as the published information did not lead to even a hint of debate, let alone a public outcry. The answer to this "puzzle" lies in the combination of widespread tax evasion and the tailoring of Serbian tax legislation in a way tht allows the wealthiest Serbian resident individuals to legally avoid paying the APIT. Namely, when the APIT was introduced, in 2001,[49] two notable types of income were excluded from the computation of total annual personal income

[46] For the first 2018 results on the socio-economic position of the middle classes, *cf.* D. Vuković and S. Cvejić, "Attitudes to the Rule of Law in Contemporary Serbia: A Coherent Legal Culture", *Jahrbuch für Ostrecht* 1/2019 (forthcoming).

[47] See M. Lazić, *Čekajući kapitalizam,* Službeni glasnik, Belgrade, 2011.

[48] "Reagovanje Udruženja kontrolora letenja Srbije" (Reaction of the Association of Air Traffic Controllers of Serbia), *Politika*, 09 April 2010, *http://www.politika.rs/sr/clanak/130643/Reagovanje-Udruzenja-kontrolora-letenja-Srbije*, accessed 11 February 2019.

[49] *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 24/01.

subject to this form of tax: interest and capital gains.[50] As of 2005, dividends have been given the same treatment as interest and capital gains for APIT purposes.[51] While it is absolutely true that one can provide arguments in defense of Serbia's policy choice to exclude interest, capital gains and dividends from the APIT, it is also beyond any doubt that sound critical arguments with respect to the same issue can be raised as well. In Serbia, within the political spectrum, we have heard neither.[52]

To sum up, this case deals with a legislative text that excludes from the APIT capital gains, interest and later on dividends. These legislative proposals were and still are publicly available. At least one of them, i.e. the one from 2004 which lead to the exclusion of dividends from the scope of APIT, was found to contain some, however lapidarian, easily debatable reasoning.[53] The APIT clearly does not reach the wealthiest individuals in the society. Again, absolutely no public or political debate on this controversial issue was found, not even one caused by intellectual irritation at reading the broadly announced headline that an air traffic controller generated the highest taxable income for 2009 in a country of over 7 million inhabitants, which include several known multimillionaires and a couple of suspected billionaires (in USD).

3.3. The Mystery of the Tax Rate in 2012

As the global financial crisis developed, one of the (rather late) responses of the SG was to attempt to increase state revenues by raising existing and introducing new taxes. In the autumn of 2012 the working

---

50 Art. 87(4) of the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 24/01.

51 Art. 46 of the Law on the Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 135/04.

52 Available Serbian academic sources which allows us to understand the policy choices applied when excluding the mentioned types of income from the APIT focus their attention on the particular case of dividends from the perspective of avoidance of their economic double taxation and adherence to the ability to pay principle. See: D. Popović, *Poresko pravo*, 250–251, 321– 322 and D. Popović, "Sistem javnih prihoda u Srbiji – bekstvo od tržišne orjentacije", *Bilten G 17*, March 2000, 5.

53 In the Proposal of the Law on the Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 24/01, 80/02 submitted to the Serbian Parliament in 2004 the Serbian Government argues that dividends should be excluded from APIT as they are already taxed twice, at the level of the company distributing the dividends and at the shareholder level. What the Serbian Government failed to address is at least the nature of the APIT (e.g. a third layer of tax or a corrective element), while it did not mention that a measure to mitigate the economic double taxation was already present at the level of the schedular Tax on Capital Income, under which for resident taxpayers 50% of the received dividends were exempt from taxation (Art. 63(3) of the Personal Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 24/01, 80/02, 135/04).

group of the MoF that prepared the draft amendments to the Corporate Income Tax Law (CITL)[54] presented its proposals to the public, which included the first Serbian special anti-avoidance rules (SAARs) targeting tax havens. The envisaged SAARs were quite simple and at their core called for a 47% withholding tax on royalties, interest, service and rental fees paid by resident taxpayers to entities from blacklisted tax haven jurisdictions. In the case of dividends and capital gains, the applicable tax rate was to be 32%. The MoF was to be given the authority to determine the list of tax haven jurisdictions to which the SAARs would apply. The working group of the MoF presented to the public the elements and reasoning behind the respective tax rates.

The proposed legislation underwent an approximately month-long public consultations process and received considerable attention from the Serbian media: 12 articles in print dailies and weeklies were identified, as were 16 articles in on-line media. These media reports were mainly based on news agency reports and conveyed press releases, while in-depth analytical pieces could only be found in the major and oldest daily newspaper *Politika*. In many cases the reporting showed a notable lack of understanding of basic tax concepts. Despite all that, the media reports emphasized the increase of the Corporate Income Tax rate from the then applicable 10% to the expected 15% (or 12% as some media reported), as well as the introduction of norms that would subject to higher tax rates transactions with *off-shore* destinations seen as the primary channel for capital flight from Serbia. The media also reported that this tax rate was to be 32% for dividends and 47% for royalties, interest, payments for the use of movable and immovable property, and service fees.[55]

After more than a month of public debate, during which there was no objection made regarding the level of the SAAR withholding tax rates, by the end October 2012 the MoF came out with the final proposal of the amendments to the CITL, in which, surprisingly, the SAAR withholding tax rate was lowered to 25%. The MoF final proposal, as well as the legislative proposal tabled by the SG before the NARS, contains no

[54] *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 25/01, 80/02, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11.

[55] "Deficit manji za 95 milijardi dinara" (Deficit Decreased by 95 Billion RSD), *Politika* 25 October 2012, *http://www.politika.rs/scc/clanak/237728/Deficit-manji-za-95-milijardi-dinara*, accessed 11 February 2019; "Nacrt zakona o porezu na dobit" (Draft Law on Corporate Income Tax), B92, 25 October 2012, *http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2012&mm=10&dd=25&nav_id=654805*, accessed 11 February 2019; "Povećanjem poreza na dobit firmi dodatnih do 20 milijardi" (Additional 20 Billion RSD Through Increase in Corporate Income Tax), Press Online, 4 October 2012, *http://www.pressonline.rs/info/biznis/245587/povecanjem-poreza-na-dobit-firmi-dodatnih-do-20-milijardi.html*, accessed 11February 2019.

explanation of how and why the 25% tax rate was chosen.[56] While most Serbian media reported on the publication of the final proposal of the amendments to the CITL, not a single one noticed the change in course regarding the level of the SAAR withholding tax rate.[57]

By the end of November 2012 the draft law reached the national parliament. It was part of a joint (unified) discussion with a list of laws related to economy, including most importantly the 2013 Budget Law. The discussion in the NARS lasted for five days, but only 6 members of parliament (MP) did at least mention the amendments to the CITL. However, not a single MP noticed, let alone questioned, the reasoning behind the lowering of the SAAR withholding tax rate in the final legislative proposal.

Hence, our third case study shows how the SG was able to prepare an initial draft legislative proposal with high SAAR withholding tax rates. The draft law received wide media coverage. Later during the process, the rates were lowered with no justification and again the Serbian media widely reported on the final legislative proposal, but never once mentioned the shift in policy that was evident when comparing it to the draft legislative proposal. Finally, the NARS adopted the respective measure without any arguments being raised during its plenary sessions addressing the change in the measure. This is even more surprising, bearing in mind that this was a topic that has been receiving notable attention in the Serbian political environment since at least the turn of the first decade of the 21st century.[58]

---

56 The Proposal of the Law on the Changes and Amendments to the Corporate Income Tax Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11 submitted by the Serbian Government to the Serbian Parliament in 2012, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=175502*, accessed 11 February 2019.

57 "Novi zakoni iz oblasti finansija i privrede" (New Laws in the Domains of Finance and Economy), RTS, 25 October 2012, *http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/13/Ekonomija/1198940/Novi+zakoni+iz+oblasti+finansija+i+privrede.html*, accessed 11 February 2019; "Uvodi se oporezivanje usluga po odbitku od 25 odsto" (Introduction of a 25% Withholding Tax for Services", RTV 25 October 2012, *http://www.naslovi.net/2012–10–25/rtv/uvodi-se-oporezivanje-usluga-po-odbitku-od-25-odsto/4003842*, accessed 11 February 2019; "Na usluge iz poreskih rajeva 25 odsto poreza" (25 Percent Tax on Service from Tax Havens), Mondo 25 October 2012, *http://mondo.rs/a265372/Info/Ekonomija/Na-usluge-iz-poreski-rajeva-25-odsto-poreza.html*, accessed 11 February 2019; "Nacrt zakona o porezu na dobit" (Draft Law on Profit Tax), *http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2012&mm=10&dd=25&nav_id=654805*, accessed 11 February 2019.

58 One of the first examples where the issue of tax havens was brought into the spotlight of the Serbian political spectrum was on 27 May 2010 when Serbian President Mr. Boris Tadić, in addressing the XIV Congress of the Confederation of Autonomous Trade Unions of Serbia, explicitly mentioned cross-border tax avoidance as a priority issue. *http://www.blic.rs/vesti/politika/tadic-patriotizam-je-otvaranje-novih-radnih-*

4. SIMPLICITY AND POLITICAL ACCOUNTABILITY

The lack of public reactions and political consequences in all three cases is no surprise bearing in mind the institutional and human capacities in the field. Unlike many other jurisdictions, Serbia has underdeveloped mechanisms for public scrutiny of policies adopted by the government. When it comes to tax issues, public and professional debates are confined to only a few forums such as the Serbian Fiscal Society or the Foundation for the Advancement of Economics.

Political institutions were not able to play the role in the facilitation of a meaningful policy dialogue or critical debate. First of all, the political and law– and policymaking relevance of parliament is not impressive. Although such a state of affairs could be perhaps attributed to the unenviable finances of the NARS, i.e. the research and advisory resources made available to the members of parliament, either by the institution itself or by their respective political affiliations, we see an identical problem being recognized in numerous, vastly more affluent jurisdictions than Serbia.[59]

The gap was not filled by the media either. The Serbian media scene is characterized by the lack of influential independent media and the strong influence of politics and economy on media reporting. The ownerships structure is non-transparent and media often get involved in political campaigning.[60] What we have witnessed in all three analyzed

mesta/8w9jlwq, accessed 11 February 2019. Ilić-Popov and Popović deem this particular case as being between pure lobbying and corruptive state capture. See. G. Ilić-Popov, D. Popović, "Poreska struktura i korupcija", *Anali Pravnog fakulteta* 1/2014, 19.

59 e.g. in Denmark Nielsen notices that "...the complexity and level of detail of tax law bills particularly in recent years do raise the question whether the members of parliament are in reality able to comprehend the many complex questions involved in new tax legislation." J.G. Nielsen, *op. cit*., 90. In France "discussions either in the Committee or in the House are often quite disappointing with few in-depth commentaries and some broad (too broad) positions" E. de Coury-Chanel, A. Maitrot de la Motte, *op. cit*. 99, while in Japan "few members of the Financial Committee of the parliament themselves have the required expertise to draft complex tax bills..." K. Kimura, *op. cit.*, 139. Even in the case of a country such as the Netherlands, which can boast a globally recognized highly-developed tax culture, Gribnau recognizes that "members of parliament generally lack (technical) know how, experience and time to be able to draft bills, tax bills included. Members of parliament have hardly any staff members with experience in the field of tax law who can deal with its intricate complexities." H. Gribnau, *op. cit.*, 158.

60 Anticorruption Council, *Izveštaj o pritiscima i kontroli medija u Srbiji* ([Report on Pressures and Control of Media in Serbia), Anticorruption Council of the Government of the Republic of Serbia, Belgrade, 2011, *http://www.antikorupcija-savet.gov.rs/izvestaji/cid1028–1681/predstavljen-izvestaj-o-pritiscima-i-kontroli-medija-u-srbiji*, accessed 11 February 2019; D. Vuković, "The Role of Civil Society in Fostering Government Accountability in Contemporary Serbia: On the Limits of Depoliticized Social Activism", *Sociologija,* 4/2015, 637–661.

cases is that not only were the mainstream media immune from even a premise of investigative or opinionated journalism, but this was also the case with even the extremes in the Serbian fourth estate, which do not shy from completely unacceptable practices and from whose smearing campaigns no one is fully protected, being completely salient.

Finally, we turn our attention to the last subject that might be able to raise simple as well as complex tax policy issues in public – the professional community. The Serbian academic and professional community was as a rule mute on the issues, particularly at the time the measures described in our case studies were in the process of enactment, and the authors had difficulty finding presentations of its opinions. In other fields, from social policy to development of civil society, cooptation of the professional middle classes was identified,[61] meaning inclusion of professionals (academics, researchers, independent professionals, etc.) into various governance structures and/or redistributive arrangements. In essence, it comes down to a simple but historically grounded pattern of close links and overlapping between political elites and professional middle classes. From the early days of the Kingdom of Serbia, in the 19th century, prominent writers, scientist, university professors, lawyers and medical doctors played an active role in political life. They were engaged as civil servants, ambassadors, members of parliament and government minister thus creating a particularly influential social stratum.[62] This trend has continued in present day Serbia, but it also includes membership in advisory bodies, management boards, commissions, working groups and various other paid and unpaid positions, which are usually within the privy of the government to bestow.[63] While it is beyond dispute that the involvement of the *intelligentsia* in public service has made a profound contribution to the modernization of Serbia since its inception as a modern state, in the 19th century, established domestic and international research confirm that the cooptation of the professional stratum in state

---

[61] See D. Vuković, "Capturing Resources: The Role of Professional Communities and Middle Classes in Fostering Social Reforms within Serbia", *Sociologija*, 2/2016, 253–279.

[62] See D. Stojanović, *Kaldrma i asfalt: urbanizacija i evropeizacija Beograda 1890–1914*, Udruženje za društvenu istoriju, Belgrade 2008, 180–193.

[63] There is actually more than only a handful of positions and they range from highly visible ones (High Judicial Council, Fiscal Council, Regulatory Authority for Electronic Media, Serbian Broadcasting Corporation etc.), memberships in management bodies of hundreds of public enterprises (one conservative estimation is that they annually cost EUR 32 million) *cf*. "Upravni odbori državu koštaju tri milijarde dinara" ("Management Boards Cost RSD 3 Billion Annually"), *Politika*, 16 August 2014, *http://www.politika.rs/sr/clanak/187844/Управни-одбори-државу-коштају-три-милијарде-динара*, accessed 11 February 2019), to hundreds and even thousands of commissions about which we have no systematized data or knowledge, apart from unsystematized data provided by the Anticorruption Agency's Registry of Public Officials.

and administrative structures has adversely impacted their ability, or more precisely willingness, to openly criticize government actions.[64]

In these circumstances, three rather simple tax cases received no relevant political, media or public professional attention, ensuring that they are tabled by the SG and ultimately adopted into law. Their unopposed safe passage was made possible by the ignorance of most of the political decision makers and media representatives, together with a placid attitude of the academic and professional circles. Namely, while the authors have found examples of academic research by a number of authors who criticize the norms described in our three case studies, what is notably lacking is timely and vocal opposition from professional and academic circles during the process of enactment of the respective legislation. Our contention is that the fundamental lack of knowledge and understanding of tax issues by most members of the Serbian political class as well as the Serbian media, combined with unwillingness of the professional community to become more engaged in critical public discourse, has actually lowered the cost of corruption, i.e. limited the number of targets whose opinion and actions have to be *guided* in order to achieve a certain result.

5. INSTITUTIONAL SOLUTIONS

The authors strongly believe in an institutional setting that produces particular outcomes in terms of both policy solutions and individual and group behavior. Having this in mind, they drafted a proposal on the fundamentals of how to address the issues that have been identified so far.

[64] The cooptation of the professional stratum and the impact of government patronage on the willingness to openly criticize its actions is not something found only in Serbia, but has been recognized globally. In Poland A. Kaminski stated that: “one way of obliterating the distinction between public and private consists in the creation of autonomous institutions, ‘foundations’ or ‘agencies’ of unclear status, with broad prerogatives supported by administrative sanctions, and limited public accountability. The real aim of these institutions is to transfer public means to private individuals or organizations or to create funds within the public sector which can then be intercepted by the initiating parties.” A. Kaminski, “Corruption under the Post-Communist Transformation: The Case of Poland”, *Polish Sociological Review,* 2/1997, 100. Moreover, in some countries it has become a part of popular culture, e.g. in the UK one of the more common ways of bestowing government patronage is by virtue of appointment to paid positions in various semipublic administrative bodies outside the civil service that receive financial support from the government. The popular term for such administrative bodies is *Quango* (an acronym for quasi autonomous nongovernment organization) while media articles which deal with government patronage as a rule include in their title the cynical note “It takes two to Quango!” – the title of one of the episodes of the acclaimed political satire *Yes Minister,* by J. Lynn and A. Jay, ridiculing government patronage and obtaining silence from the professional and academic classes.

The approach, which relies on the work previously done in jurisdictions with a parliamentary tradition far senior to Serbia's,[65] would be to adjust the public consultations process in a way that will induce the audience, primarily members of parliament, as well as the media, to mind what they hear.[66] This could best be accomplished by introducing an adversary element in the consultations process. The idea that institutionalized conflict is a useful tool to combat political corruption is quite old and lies at the core of the principle of division of power in modern societies i.e. in the checks and balances which govern our political systems.[67] Competitive political systems help prevent corruption by raising the cost of corruption.[68] Although, while altering the foundations of the political system (e.g. giving more power to the legislature through a shift from a system of proportional representation to a majoritarian one) requires not only amendments to legislation, but also reaching a wide political consensus,[69] changes in the public consultations procedure can be carried out quicker and entail only minute costs compared to the potential benefits.

As an example of possible novelties in the public consultations process, the explanatory memorandums that accompany proposed legislation should be subjected to analysis and written commentary by a body of experts formed by the respective parliamentary committee dealing with tax matters (i.e. a "rebuttal of the explanatory memorandum"), prior to such proposals being submitted to the NARS. Such a body of experts should be formed by the parliamentary committee, by consensus, but if no such consensus can be achieved, the opposition representatives should be entitled to form such a body. Furthermore, all members of such parliamentary committees should be entitled to independently form bodies of experts to whom they would entrust the detailed analysis of proposed legislation. Explanatory memorandums and consequential comments by the mentioned bodies of experts should not be purely descriptive in nature. Rather their authors would have to be legally obliged to elaborate on the policy that the legislation wishes to accomplish and the procedures necessary for it's successful implementation. The parliamentary budget

---

65 See J. Freedman, "Managing tax complexity: the institutional framework for tax policy-making and oversight", Working Paper 15/08, Oxford University Center for Business Taxation, May 2015, 6–9 (available at *http://eureka.sbs.ox.ac.uk/5432/1/WP1508.pdf*).

66 For more on the significance of regulatory transparency see R. Stone, "Legal Design for the 'Good Man'", 102 *Va. L. Rev.* (2016), 1820–1821.

67 See Z. Teachout, "The Anti-Corruption Principle", 94 *Cornell L. Rev.* (2008–2009), 369–372.

68 See S. Rose-Ackerman, *op. cit.*, 86.

69 As such a change would have fundamental impact on the position of political parties and the actual independence of parliamentary representatives.

should be increased to reflect the costs of such expert bodies, while all of this material should be made publicly available and easily accessible.

On the other hand, it should be mandatory to hold parliamentary hearings of those advocating the government's proposal (i.e. representatives of the MoF in most cases of proposed tax legislation) and of independent expert members of the bodies set up by the relevant parliamentary committee criticizing it. Such hearings should be public and supported by broad media coverage. It is essential that such hearings enable the opposing sides to openly question the other's position and for corresponding replies to be made. Thus, the members of parliament and the media would not need to deduce for themselves the potential issues related to government's proposals, but would benefit from established and presumably founded and constructive criticism.

The obligation to hold public hearings should be made unconditional[70] and the duration of the process should be sufficiently extended.[71] Furthermore, public consultations, outside the privy of the parliament, must be as open as possible and they should also be made mandatory in the case of any tax legislation amendment. The government should be obliged to report to the parliamentary committee all suggestions, criticism or praise received in the public consultations process and provide additional explanation how and why suggestions and criticism were addressed. The parliamentary committee should have the power to fine government officials and ministers if they are found to be in contempt, by virtue of the lack of quality of their responses. Needless to say, such committees must not have a government majority while the rules on the public consultations procedure should be exclusively regulated by the highest statutes (i.e. laws), thus preventing the executive branch of the government to change them with ease. However, our analysis of the state of the Serbian tax community shows that we must side with J. Freedman's opinion that little should left of informal platforms which may be susceptible to vested interests – expertise and debate must be, in the case of Serbia, returned to the NARS and the elected representatives of the people. Thus, an institutional solution within the ambit of the NARS is a necessity.[72]

Finally, we must question the appropriateness of the urgent legislative procedure in tax matters and advocate for minimum debate time to be guaranteed in order to make full use of the public consultations and parliamentary hearings process.

[70] Even in the USA when the duty to provide supportive explanatory documentation is subject to an interpretative rule the relevant authorities find it quite easy to avoid such an obligation. See L. Zelenak, *op. cit.*, 117–118.

[71] See e.g. Art. 41(7) of the Rules of Procedure of the Serbian Government states that the public consultations process should last for at least 20 days which is clearly insufficient in most cases.

[72] See J. Freedman, *op. cit.*, 9.

REFERENCES

Ágh, A., "Parliaments as Policy-Making Bodies in ast Central Europe: The Case of Hungary", *International Political Science Review/ Revue internationale de science politique*, 4/1997.

Amenta, E., "State-Centered and Political Institutional Theory: Retrospect and Prospect" in *The Handbook of Political Sociology: States, Civil Societies, and Globalization* (eds. T. Janoski et al.), Cambridge University Press, Cambridge 2005.

Antonić, S., *Elite, građani i slaba država*, Službeni glasnik, Belgrade 2006.

Basic Measurement Report: The Principles of Public Administration. Serbia. OECD/SIGMA, Paris 2015.

Brinton, M., Nee, V. (eds.), *The New Institutionalism in Sociology*, Russell Sage Foundation, New York 1998.

Cohen, L., Lampe, J., *Embracing Democracy in the Western Balkans: From Postconflict Struggles toward European Integration*, Woodrow Wilson Center Press and The Johns Hopkins University Press, Washington, D.C. and Baltimore 2011.

Cvejić, S., (ed.), *Informal Power Networks, Political Patronage and Clientelism in Serbia and Kosovo*,* SeConS, Belgrade 2016.

De Crouy-Chanel, E, Maitrot de la Motte, A., "France", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010.

Del Fedreico, L., Castigione, R., Miconi, F., "Italy", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010.

Dourado, A.P., "General Report – In Search of Validity in Tax Law: the Boundaries Between Creation and Application in a Rule-of-Law State" in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vo. 7, 2010.

Džinić, J., "Public Administration Reform in Serbia", *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave.* 11/2011.

Erdos, G., "Depicting National Tax: Hungary", in *Tax Legislation – Standards, Trends and Challenges* (eds. W. Nykiel, M. Sek), Wolters Kluwer SA, Warsaw 2015.

Eriksen, S., "Institution Building in Central and Eastern Europe: Foreign Influences and Domestic Responses", *Review of Central and East European Law,* 32/2007.

Freedman, J., *Managing tax complexity: the institutional framework for tax policy-making and oversight*, Working Paper 15/08, Oxford University Center for Business Taxation, May 2015, 6 – 9 (available at *http://eureka.sbs.ox.ac.uk/5432/1/WP1508.pdf*).

Goetz, K. H., Zubek, R., "Government, Parliament and Law-making in Poland", *The Journal of Legislative Studies* 4/2007.

Gribnau, H., "Netherlands", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010.

Gribnau, H., "Equality, Legal Certainty and Tax Legislation in the Netherlands – Fundamental Legal Principles and Checks on Legislative Power: A Case Study", 9 Utrecht L. Rev. (2013).

Hall, P., Taylor, R., "Political Science and the Three New Institutionalisms", *Political Studies*, 44/1996.

Heinrich, J., Prinz, I., "Austria", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010.

Heymann, P.B., "Democracy and Corruption", 20 *Fordham Int'l L.J.* (1996–1997).

Ilić-Popov, G., Popović, D., "Oporezivanje kapitalnih dobitaka u srpskom poreskom pravu: tri razloga za zabrinutost poreskih pravnika", in *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije* (ed. S. Taboroši), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade 2008.

Ilić-Popov, G., Popović, D., "Poreska struktura i korupcija", *Anali Pravnog fakulteta*, 1/2014.

Ilić-Popov, G., Kostić, S., "Depicting National Tax Legislation: Serbia", in *Tax Legislation – Standards, Trends and Challenges*, (eds. W. Nykiel and M. Sek), Wolters Kluwer SA, Warsaw 2015.

Jelinčić, J., Đurović, S., (eds.), *Evropeizacija Srbije – Građansko društvo*, Fund for Open Society, Belgrade 2011.

Kaminski, A., "Corruption Under the Post-Communist Transformation: The Case of Poland", *Polish Sociological Review,* 2/1997.

Kimura, K., "Japan", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010.

Kopecký, P., "Power to the Executive! The Changing Executive–Legislative Relations in Eastern Europe", *The Journal of Legislative Studies* 10/2004.

Kostić, S., "Oporezivanje kapitalnih dobitaka fizičkih lica ostvarenih prodajom imovine stečene poklonom", *Pravni život*, 10(II)/ 2006, 914.

Kostić, S., "Administrativni okvir kao ključna prepreka usklađivanju srpskog poreskog prava sa pravom Evropske unije" in *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2016)*, (ed. V. Radović) University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade 2016.

Kuhner, T.K., "The Corruption of Liberal and Social Democracies", 84 *Fordham L. Rev.* (2015–2016).

Laušev, J., "Public Sector Pay Gap in Serbia during Large-Scale Privatisation, by Educational Qualification" *Economic Annals,* 47/2012.

Lazić, M., *Čekajući kapitalizam,* Službeni glasnik, Belgrade 2011.

Lazić, M., Pešić, J., *Making and Unmaking State-Centered Capitalism in Serbia*. Čigoja, Belgrade 2012.

The Mahabharata, Book 12: Santi Parva, Part I: Rajadharmanusasana Parva, Section LXXXVIII, translation by K.M. Ganguli, *http://sacred-texts.com/hin/m12/m12a087.htm*, accessed on 11 February 2019.

Martindale, B.C. (et al.), "Tax Law Complexity: The Impact of Style", 29:4 *J. Bus. Comm.* (1992).

Mendelski, M., "They Have Failed Again! Donor-Driven Promotion of the Rule of Law in Serbia", *Südosteuropa* 61/2013.

Milovanović, D., (et al.), *Studija o unapređenju zakonodavnog procesa u Republici Srbiji*, Belgrade 2012 (available at *http://www.transparentnost.org.rs/images/publikacije/GIZ%20srpski%20zasticena%20verzija%20(1).pdf*).

Mössner, J.M., "Tax Legislation in Germany – Procedures, Actors, Results, Critics", in *Tax Legislation – Standards, Trends and Challenges*, (eds. W. Nykiel and M. Sek), Wolters Kluwer SA, Warsaw 2015.

Nielsen, J. G., "Denmark", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010.

Pajvančić, M., *Parlamentarno pravo*, Konrad Adenauer Foundation, Belgrade 2008.

Patrick Yingling, M., "Conventional and Unconventional Corruption", 51 *Duq. L. Rev*. (2013).

Pavlović, V., Orlović, S., (eds.), *Dileme i izazovi parlamentarizma*, Fakultet političkih nauka i Fondacija Konrad Adenauer, Belgrade 2007.

Pedersen, F. H., "Advancing the Study of Tax Complexity with the Usability Model", 12 *Hous. Bus. & Tax L.J.* (2011–2012).

Peters, B., van de Velde, E., "Belgium", in *Separation of Powers in Tax Law – 2009 EATLP Congress, Santiago de Compostela*, (ed. A.P. Dourado), EATLP International Tax Series Vol. 7, 2010.

Pettai, V., Madise, Ü., "The Baltic Parliaments: Legislative Performance from Independence to EU Accession", *The Journal of Legislative Studies,* 12/2006.

Popović, D., *Poresko pravo*, University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade 2018.

The Principles of Tax Policy, Eight Report of Session 2010–2011, Treasury Committee of the UK House of Commons (*https://publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmtreasy/753/753.pdf*, accessed 11 February 2019).

Rose-Ackerman, S., "Corruption and Democracy" 90 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* (1996).

Stojanović, D., *Kaldrma i asfalt: urbanizacija i evropeizacija Beograda 1890–1914*, Udruženje za društvenu istoriju, Belgrade 2008.

Stone, R., "Legal Design for the 'Good Man'", 102 *Va. L. Rev.* (2016).

Teachout, Z., "The Anti-Corruption Principle", 94 *Cornell L. Rev.* (2008–2009).

Thuronyi, V., *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague 2003.

Verheijen, T., Rabrenovic, A., "Civil Service Development in Central and Eastern Europe and the CIS: A Perfect Storm?" in *Comparative Civil Service Systems in the 21st* Century (eds. F. M. van der Meer, J.C.N. Raadschelders and T.A.J. Toonen), Palgrave Macmillan, 2015.

Vukadinović, S., "Značaj i primena javnog slušanja na nacionalnom i lokalnom nivou", *Pravni zapisi*, 1/2015.

Vukadinović, S., "Javno razmatranje u funciji prevazilaženja demokratskog deficita, javna rasprava i razgraničenje od javnog slušanja", *Pravni zapisi* 1/2016.

Vukelić, J., "Neposredno učešće građana u donošenju odluka na lokalnom nivou vlasti u Srbiji", *Sociologija*, 3/2009.

Vuković, D., *Kako nastaju zakoni u Srbiji: uloga društvenih interesa i institucija u zakonodavnom procesu,* SeConS and University

of Belgrade Faculty of Philosophy Institute for Social Studies, Belgrade 2013.

Vuković, D., "The Role of Civil Society in Fostering Government Accountability in Contemporary Serbia: On the Limits of Depoliticized Social Activism", *Sociologija,* 4/2015.

Vuković, D., "Capturing Resources: The Role of Professional Communities and Middle Classes in Fostering Social Reforms Within Serbia", *Sociologija*, 2/2016.

Vuković, D., "The Hollowing Out of Institutions: Law– and Policymaking in Contemporary Serbia" in *Central and Eastern European Socio-Political and Legal Transition Revisited* (eds. B. Fekete and F Gárdos-Orosz), Peter Lang, 2018.

Vuković, D., Cvejić, S., "Attitudes to the Rule of Law in Contemporary Serbia: A Coherent Legal Culture", *Jahrbuch für Ostrecht* 1/2019 (forthcoming).

Zelenak, L., "Complex Tax Legislation in the TurboTax Era", 1 *Columbia Journal of Tax Law* (2010).

Žarković Rakić, J., "Kako se Srbiji dogodila visoka nejednakost u raspodeli dohotka", MONS 1/2017, *http://mons.rs/kako-se-srbiji-dogodila-visoka-nejednakost-u-raspodeli-dohotka*, accessed 11 February 2019.

Article history:
Received: 31. 1. 2019.
Accepted: 15. 3. 2019.

УДК 330.35

CERIF: S180, S188

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901095B

Др Борис Беговић*

КОНЦЕПЦИЈА ИНСТИТУЦИОНАЛНЕ ГРАНИЦЕ И ЊЕНИ АНАЛИТИЧКИ ДОМЕТИ У ИСТРАЖИВАЊУ ПРИВРЕДНОГ РАСТА**

Циљ рада је да размотри концепцију институционалне границе и да испита њене аналитичке домете у истраживању привредног раста. Закључак је да не постоји једнозначан одговор на питање које су најбоље економске институције са становишта привредног раста јер тај одговор зависи од достигнутог нивоа развијености. Надаље, показало се да концепцијом институционалне границе не може да се реши проблем контроле дејства културе на економске исходе, а испоставило се да је култура, заједно са институцијама, значајан фактор привредног раста. Закључује се да дефинисање јединствене институционалне границе није пожељно већ да томе треба приступити на нивоу појединих економских институција или њихових група. Мерење институционалне границе ствара знатне методолошке проблеме. Аналитички домети концепције институционалне границе нису велики, али је њихово истраживање донело бројне узгредне, ненамераване користи од разумевања механизама привредног раста.

Кључне речи: *Привредни раст. – Институционална граница. – Граница ефикасности. – Граница доступне технологије. – Култура. – Економске слободе.*

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *begovic@ius.bg.ac.rs*.

** Захваљујем Николи Илићу, Ани Одоровић, Даници Поповић и анонимним рецензентима на коментарима и корисним сугестијама. Нико од њих не сноси никакву одговорност за евентуалне преостале грешке нити неминовно дели изнете вредносне судове.

1. УВОД

У теорији производње, као и у теорији привредног раста, може се идентификовати неколико врста граница. Једна од њих је граница ефикасности – њу представља она ефикасност употребе производних фактора којом се, за дати ниво њихове ангажованости и уз дату технологију, остварује максималан могући обим производње.[1] Дакле, при сваком нивоу ефикасности који је нижи од максималног – што значи при сваком обиму производње мањем од највећег могућег – може се, реорганизацијом производње или реалокацијом ресурса, повећати њен обим. Неокласични модел привредног раста заснива се на имплицитној претпоставци да се производња налази на граници ефикасности, па се, сходно томе, њена ефикасност не може увећати.[2] Самим тим, у стабилном стању (*steady state*), што значи у динамичкој равнотежи, стопа привредног раста пропорционална је брзини темпа технолошког прогреса – једино технолошки прогрес може да увећа укупну факторску продуктивност, па тиме и обим производње, чиме се остварује привредни раст.[3] Чак и изворни модели ендогеног привредног раста, без обзира на то да ли је реч о хоризонталним[4] или вертикалним иновацијама,[5] заснивају се на имплицитној претпоставци о достигнутој максималној ефикасности,

1 Вид. Gerald W. Scully, „The institutional framework and economic development", *Journal of Political Economy* 96/1988, 652–662. Теорија привредног раста посматра само ефикасност као такву, не правећи разлику између алокативне (обим производње који се мења са променом алокације ресурса између предузећа и између привредних грана) и производне ефикасности (обим производње који се мења без реалокације ресурса, само променом начина производње за њихову дату алокацију).

2 Вид. Robert M. Solow, „A contribution to the theory of economic growth", *Quarterly Journal of Economics* 70/1956, 65–94.

3 Претпоставка о максимизованој ефикасности у том моделу важи и уколико није постигнуто стабилно стање, оно стање при коме не долази до промене фонда акумулираног капитала и радне снаге, због тога што су бруто инвестиције једнаке амортизацији, а не мења се техничка опремљеност рада (однос капитала и радне снаге). Другим речима, та претпоставка важи и током конвергенције ка стабилном стању (условна конвергенција), то јест у условима транзиторног привредног раста. Више о томе вид. у: Robert Barro, Xavier Sala-i-Martin, *Economic Growth*, The MIT Press, Cambridge, Mass. 2005[2].

4 Хоризонталне иновације подразумевају диверзификацију – увођење новог производа не истискује постојећи. Што је више иновација, увећава се број производа, односно расте степен диверзификације. Вид. Paul M. Romer, „Endogenous technological change", *Journal of Political Economy* 98/1990, S71–S102.

5 Вертикалне иновације подразумевају да се појавом новог производа напушта стари. Другим речима, нови, супериоран производ истискује постојећи. Стога се, без обзира на интензитет технолошког прогреса, па тиме и број иновација, не мења број производа – он остаје увек исти. Вид. Philippe Aghion, Peter W. Howitt, „A model of growth through creative destruction", *Econometrica* 60/1992, 323–351.

наравно, за дату технологију. То значи да у стабилном стању привредни раст детерминише једино (ендогени) технолошки прогрес – у условима динамичке равнотеже, стопа привредног раста једнака је стопи раста укупне факторске продуктивности, а она је пропорционална темпу технолошког прогреса.

У стварности, међутим, различите земље налазе се на различитој удаљености од границе ефикасности. Посредан доказ те тврдње, између осталог, јесу структурне реформе, чијим спровођењем долази до реалокације ресурса у најширем смислу речи, као и до промењеног начина њиховог коришћења, што узрокује раст укупне факторске продуктивности. Питање је, међутим, да ли се огромне уочене разлике у укупној факторској продуктивности између земаља могу објаснити искључиво разликама у ефикасности.[6] На теоријском плану одговор би био потврдан једино уколико би све земље, прецизније речено сви произвођачи у њима, користили идентичну технологију. То, наравно, није случај – те разлике су веома велике.[7]

Тиме се долази до следеће границе у теорији производње и привредног раста – границе доступне технологије. Реч је о оној технологији која, за дату ефикасност, генерише највишу укупну факторску продуктивност (*total factor productivity*) – свако одступање од границе доступне технологије, што се неминовно своди на заостајање за њом, значи умањење укупне факторске продуктивности у односу на највишу могућу. Што је земља удаљенија од границе доступне технологије, нижа је *ceteris paribus* укупна факторска продуктивност њене привреде. Дакле, граница доступне технологије означава најмодернију технологију, а удаљеност од те границе указује на технолошко заостајање. Надаље, што је више ресурса алоцирано у истраживање и развој, може се *ceteris paribus* очекивати бржи темпо технолошког прогреса и, стога, брже померање границе доступне технологије.[8] Теоријски посматрано, свака земља се може нала-

---

6 Вид. Robert E. Hall, Charles I. Jones, „Why do some countries produce so much more output per worker than others?“, *Quarterly Journal of Economics* 109(1)/1999, 83–116.

7 Постоје бројне препреке, правне и, нарочито, економске, трансферу технологије од високопродуктивних у нископродуктивне земље. Више о томе вид. у: John Kirkland (ed.), *Barriers to International Technology Transfer*, Kluwer Academic, Dordrecht 1996. Штавише. Чак је ограничен и проток капитала из богатих земаља у сиромашне, што је контраинтуитивно, будући да би његов пласман у сиромашним земљама донео далеко веће приносе. Више о томе вид. у: Robert Lucas, „Why doesn’t capital flow from rich to poor countries“, *American Economic Review* 80(1)/1990, 92–96.

8 Технолошки прогрес, резултат истраживања и развоја, неизвестан је, тако да су технолошке иновације стохастичка променљива. Због тога се и употребљава формулација „може се очекивати“, то јест увећава се вероватноћа убрзавања темпа технолошког прогреса. Више о природи делатности истраживања и развоја и

зити или на граници доступне технологије или заостајати за њом. Будући да је технологија специфична са становишта појединачне производње, то јест гране делатности, земља која се налази на граници доступне технологије у једној грани не мора да буде, а веома често и није, на граници доступне технологије у некој другој грани. Што је бржи и ефикаснији трансфер технологије, што су мање препреке те врсте, мање је заостајање других земаља за оном која је технолошки најнапреднија. Алтернативно, што су већа улагања у истраживање и развој, у стварање нове технологије и аутохтони технолошки прогрес, мање је заостајање за технолошки најнапреднијом земљом. Овим су, практично, описане две стратегије (истраживање и развој или трансфер технологије) које одређеној земљи стоје на располагању да би се приближила граници доступне технологије и достигла је.

Имајући све то у виду, поставља се питање порекла обе наведене величине: како се успостављају поменуте границе, било граница ефикасности или граница доступне технологије? Конзистентан одговор на то питање подразумева и да се одговори на питање због чега земље заостају за једном или другом границом: шта и на који начин условљава величину тог заостајања? Одговором на то питање конзистентно се могу објаснити велике уочене разлике у укупној факторској продуктивности између земаља.

Основна хипотеза од које се у овом раду полази јесте да се економским институцијама може објаснити порекло обе те границе, а разликама између тих институција и разлике у заостајању земаља у погледу обе те границе, па тиме и разлике у укупној факторској продуктивности између њих.

Циљ рада је да, испитујући поменуту хипотезу, понуди концепцију институционалне границе као објашњавајуће променљиве величине и да испита аналитичке домете те концепције у истраживању привредног раста. Тај циљ је условио и његову структуру. Прво ће се дефинисати појам институционалне границе, потом ће се размотрити могућност једнозначног одређивања институционалне границе, да би се на крају пажња посветила методима мерења институционалне границе. Следи закључак о аналитичким дометима концепције институционалне границе у истраживању феномена привредног раста.

карактеру технолошког прогреса вид. у: David N. Weil, *Economic Growth*, New York 2009[2].

2. ДЕФИНИСАЊЕ ИНСТИТУЦИОНАЛНЕ ГРАНИЦЕ

Као што је већ поменуто, основна полазна хипотеза овог разматрања јесте да економске институције одређују две уочене границе (које описују максималан доступан обим производње), без обзира на то да ли је реч о граници ефикасности или о граници технологије. Сходно томе, разлике између економских институција по земљама условљавају и разлике у заостајању за њима.[9] Треба уочити да економске институције стварају подстицаје привредним субјектима на страни понуде, онима који доносе одлуке у производњи да се понашају на одређени начин,[10] при чему је ирелевантно да ли је реч о формалним или неформалним институцијама.[11] Управо се тим подстицајима конзистентно могу објаснити обе поменуте границе, будући да су обе ендогене – и једна и друга производ су људског понашања, а оно зависи од подстицаја које стварају управо одговарајуће економске институције.

Што су снажнији одговарајући подстицаји за ефикасност које стварају економске институције, ефикасност је већа, приближава се граници или се та граница, евентуално, помера. Такође, што су

---

[9] У овом раду се не разматра порекло тих разлика, дакле, не залази се у питање фактора који утичу на стварање економских институција. Сходно томе, не порећи могућност да политичке институције утичу на економске, овај рад се не бави политичким институцијама, па стога оне не улазе у институционалну границу, бар не непосредно.

[10] Више о томе вид. у: Daron Acemoglu, Simon Johnson, James A. Robinson, „Institutions as a fundamental cause of long-run growth“, *Handbook of Economic Growth, Volume 1A* (eds. Philippe Aghion, Steven N. Durlauf), North Holland, Amsterdam 2005, 385–472. Под институцијама се у овом раду подразумевају правила понашања или формално „људски осмишљена ограничења која обликују интеракције између људи“ – Douglas C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge 1990, 3. Сходно томе, под економским институцијама се у овом раду подразумевају она правила понашања људи која се односе на привредне субјекте, прецизније речено, на економску интеракцију између тих субјеката. Више о систематизацији и својствима институција, нарочито економских, вид. у: Борис Беговић, *Институционални аспекти привредног раста*, Службени гласник – Центар за либерално-демократске студије, Београд 2011, 19–33. У овом тексту се користи и класификација економских институција која је изложена у наведеном раду стога што потпуно одговара потребама истраживања институционалне границе.

[11] Категорија формалних институција сама себе објашњава као правне норме понашања којима су придружене санкције за њихово кршење. У неформалне институције спадају обичајне и интерне (моралне) норме, при чему су санкције за повреду првих екстерне, а за кршење других интерне. Више о томе вид. у: D. North, 6–9. Подела на формалне и неформалне институције важи за све врсте институција, тако да је погрешно поистовећивати формалне институције са политичком институцијама, као што то чини: Claudia R. Williams, „Informal institutions rule: institutional arrangements and economic performance“, *Public Choice* 139(2)/2009, 372.

снажнији подстицаји за улагање у истраживање и развој које стварају економске институције, интензивнији је технолошки прогрес, што значи да је бржи његов темпо, па то помера границу доступне технологије, односно приближава заостале земље тој технологији. Коначно, што су снажнији подстицаји и мање баријере за трансфер технологије, а прво одређују економске институције, док ово друго управо представља те институције, убрзава се тај трансфер и на тај начин се умањује и, у крајњој линији, елиминише заостајање одређене земље за границом доступне технологије.

Добре економске институције могу се, са становишта резултата, релативно лако дефинисати. Начелно посматрано, то су оне институције које максимизују обим производње, односно брзину његовог увећања, то јест стопу привредног раста. У контексту две поменуте границе, добре економске институције су оне које динамички максимизују укупну факторску продуктивност, и то на два начина: максимизацијом ефикасности и максимизацијом темпа технолошког прогреса.

Може се идентификовати неколико врста добрих економских институција. Прву чине оне којима се успоставља владавина права, схваћена као универзална и делотворна заштита приватних својинских и уговорних права.[12] Алтернативно, те институције се могу дефинисати као оне којима се минимизује ризик експропријације, како саме инвестиције одређеног производног фактора, тако и његових приноса.[13] Добра решења на том плану омогућавају власницима производних фактора да несметано уживају пуне приносе сопствених пословних подухвата, прецизније речено, својих производних фактора ангажованих у тим пословним подухватима. Стога ће се неминовно *ceteris paribus* увећати ниво инвестиција, као и њихова ефикасност. Треба имати у виду да нарушавање својинских права може да дође, како од стране приватног сектора, тако, путем прекомерног опорезивања, и од стране државе. Стога треба водити рачуна да је потребна заштита приватних својинских права не само од предатора из приватног сектора, који би да та права наруше кршењем закона, већ и од оних из јавног сектора, који би да приватна својинска права наруше на начине који су у складу са законом.[14]

---

12 Својинска права, како се она поимају у овом тексту, обухватају својину и сва друга чисто имовинска права, попут, на пример, права интелектуалне својине.

13 Експропријација у терминологији економске науке, па тиме и у овом раду, представља свако одузимање фондова (на пример, имовине) или токова (на пример, факторских доходака) без одговарајуће компензације, без обзира на то какав је био поступак тог одузимања.

14 Специфичну могућност јавног сектора да нарушава приватна својинска права кршењем закона чини корупција, пре свега изнуђивање. Шире о томе вид.

Нема сумње да добра заштита приватних својинских права која се односе на физички, па и људски капитал увећава ефикасност ангажованих производних фактора, будући да власници производних фактора уживају, у виду увећаних приноса, све последице увећане ефикасности, па стога имају подстицај да подижу ниво укупне факторске продуктивности. Међутим, осим тога, та заштита нарочито повећава количину ангажованих производних фактора, пре свега капитала, повећањем стопе инвестиција, тако да се и акумулацијом производних фактора увећавају ниво производње и брзина његовог раста. У том смислу, декомпозиција стопе привредног раста (*growth accounting*) може да доведе до закључка о релативној снази та два ефекта добре заштите приватних својинских права. Не постоји никакво конзистентно теоријско предвиђање тог односа, а на емпиријској анализи је да покаже да ли постоји регуларност одређене врсте.[15]

Осим тога, добра заштита интелектуалне својине ствара снажне подстицаје за истраживање и развој, што омогућава веће улагање производних фактора у ту делатност и увећану ефикасност њиховог коришћења, па се тиме убрзава технолошки прогрес, чиме се убрзава и раст укупне факторске продуктивности, па тиме и привредни раст. Разлика у односу на претходни механизам јесте у томе што су увећања ефикасности једнократна, омогућују једнократно повећање укупне факторске продуктивности, па тиме и нивоа производње, исто као и увећање количине ангажованих производних фактора, док убрзање темпа технолошког прогреса има континуирано деловање на стопу привредног раста. Та двојност се своди на разлику између транзитног привредног раста и раста у стабилном стању.

Другу врсту добрих економских институција чине оне које обезбеђују ефикасност јавног сектора у пружању јавног добра. У одређеној мери, институције те врсте су већ обухваћене претходним, будући да се прекомерно опорезивање управо дефинише тако што се посматра ефекат опорезивања на стопу приноса на пласмане производних фактора. Што је веће увећање те стопе услед пружања јавног добра у односу на њено умањење услед опорезивања, већа је ефикасност јавног сектора у пружању јавног добра. Из другог угла посматрано, што је већа ефикасност јавног сектора у пружању јавног добра,

у: Simeon Djankov *et al.*, „The new comparative economics“, *Journal of Comparative Economics* 31(3)/2003, 595–619.

15 Ипак, разборито је претпоставити да је ефекат на привредни раст који добра заштита приватних својинских права остварује увећаном акумулацијом и ангажовањем производних фактора већи од ефекта који се остварује путем увећања ефикасности. Разлог томе је што добра заштита приватних својинских права штити и инвестицију и њен принос, па због тога на акумулацију и ангажовање има мултипликовано дејство. Што је дужи период који је потребан да се инвестиција отплати, може се очекивати снажнији мултипликативни ефекат те врсте.

већи је пораст стопе приноса услед пружања јавног добра у односу на његово умањење услед опорезивања приноса. Сходно томе, што је већа ефикасност пружања јавног добра, виша је нето стопа приноса. Тај исход има истоветне последице као и већ поменута боља заштита приватних својинских права: увећање укупне факторске продуктивности (услед повећања ефикасности) и повећање акумулације производних фактора (услед повећања стопе инвестиција).

Трећа врста добрих економских институција односи се на економске слободе и нарочито на оне институције које успостављају и одржавају слободу нових улазака и омогућавају неспутано надметање конкурената на тржишту, што значи да максимизују укупан конкурентски притисак (стварни и потенцијални) који трпе сви учесници на тржишту. Тај притисак снажно подстиче сваког произвођача да увећа своју ефикасност и да технолошким и пословним иновацијама подигне ниво технологије коју користи и, тиме, увећа укупну факторску продуктивност. У том смислу, може се рећи да снажна конкуренција увећава ефикасност (алокативну, производну и селективну), па тиме повећава ниво производње, али и убрзава технолошки прогрес, тако што убрзава његов темпо, па тиме и подиже стопу привредног раста у стабилном стању.

Треба указати на могућност противречних ефеката прве и треће врсте економских институција. Снажна заштита приватних својинских права, коју нуди прва врста економских институција, будући да увећава стопу приноса власника, кључна је за увећање акумулације производних фактора. Што је виша стопа приноса, то је виша и стопа инвестиција физичког капитала, па је тиме виша и транзиторна стопа привредног раста, односно виши је достигнути ниво производње у стабилном стању. Трећа врста тих институција, оне које стварају и одржавају економске слободе, неминовно умањује стопу приноса, будући да се висока стопа приноса остварује уколико постоји тржишна моћ, а економске слободе, нарочито слобода уласка нових конкурената, поткопавају тржишну моћ и економски профит који из ње произлази.[16] Стога увећање економских слобода може да изазове обарање стопе инвестиција, а тиме и да умањи акумулацију производних фактора и узрокује одговарајуће успоравање (транзиторног) привредног раста.

[16] Слобода нових улазака односи се на уклањање правних баријера уласку и њихов утицај на економски профит. Постојање економских баријера уласку, попут апсолутне предности у трошковима, омогућава постојање економског профита, међутим, не залази у разматрање слободе уласка већ у конкурентско надметање учесника на тржишту и супериорну технологију једног од њих. Више о томе вид. у: W. Kip Viscusi, John M. Vernon, Joseph E. Harrington, *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Mass. 1995^2, 155–163.

Међутим, снажан конкурентски притисак и улазак нових конкурената које омогућавају добре економске институције треће врсте стварају подстицај за увећање укупне факторске продуктивности, и на основу увећане ефикасности и на основу убрзаног темпа технолошког прогреса. Слободан улазак нових конкурената кључан је за поспешивање технолошког прогреса, будући да пословне и технолошке иновације у великој мери доносе управо нови конкуренти – без њих се умањују иновације, па опада темпо технолошког прогреса, што успорава привредни раст. Додатно поспешивање технолошког прогреса долази од оних произвођача који су већ у грани, који иновирају са циљем да предупреде нове уласке у условима ниских правних баријера уласку.

Стога се поставља питање које су од те две врсте економских институција важније за поспешивање привредног раста. Одговор на то питање зависи од тога на чему се заснива привредни раст одређене земље. Уколико се тај раст заснива на акумулацији производних фактора, кључну важност имају снажна заштита приватних својинских права и високе стопе приноса, будући да се на тај начин стварају снажни подстицаји за инвестирање, пре свега физичког капитала, чиме се постижу високе стопе привредног раста, додуше транзиторног. Такав привредни раст јавља се у земљама које се налазе на релативно ниском степену развијености и које су још увек далеко од стабилног стања, то јест које још увек конвергирају ка њему. То су, такође, земље које се налазе далеко од границе доступне технологије. У таквим околностима, економске институције које омогућавају заштиту приватних својинских права далеко су важније од оних које обезбеђују економске слободе, а висок ниво економских слобода може бити контрапродуктиван, управо због обарања стопе приноса.[17] Насупрот томе, међутим, не треба очекивати висок ниво ефикасности, односно знатан пораст тог нивоа, јер недостају оне економске институције које привредним субјектима стварају снажне подстицаје за тако нешто. Такође, не треба очекивати ни брз темпо технолошког прогреса.

Насупрот томе, уколико се привредни раст заснива на иновацијама, а то се дешава на вишим нивоима развијености и на мањој удаљености од границе доступне технологије, економске слободе имају кључни значај за убрзање привредног раста. Наиме, пословне и технолошке иновације су, као што је већ напоменуто, у највећем броју случајева повезане са новим уласцима – њих примењују нови

[17] Више о томе вид. у: Daron Acemoglu, Philippe Aghion, Fabrizio Zilibotti, „Distance to frontier, selection and economic growth“, *Journal of European Economic Association* 4(1)/2006, 37–74. Управо због тога аутори предлажу суспендовање или бар ублажавање спровођења права конкуренције, како би високи економски профити услед постојања тржишне моћи били снажан подстицај за инвестирање.

конкуренти при својим уласцима. Такав привредни раст јавља се у земљама које су не само на релативно високом степену развијености, него су и у стабилном стању или близу њега. Сходно томе, стопа њиховог привредног раста зависи искључиво или превасходно од темпа технолошког прогреса, а он је детерминисан технолошким и пословним иновацијама. За привредни раст тих земаља кључне су управо оне економске институције које омогућавају економске слободе.

Штавише, показало се да је у таквим околностима далеко битније да су институције флексибилне него да су постојане.[18] Наиме, управо технолошки прогрес и пословне иновације које из њега произлазе захтевају флексибилност економских институција како би те пословне иновације могле лакше да се примене. Насупрот томе, у ситуацијама у којима се привредни раст заснива на акумулацији производних фактора, кључну важност има постојаност економских институција. Нарочито оних којима се обезбеђује заштита приватних својинских права, како би се умањио ризик с којим се сусрећу инвеститори, са свим последицама тог умањења: увећањем очекиване вредности приноса, па тиме и увећањем акумулација производних фактора, која је основни извор привредног раста. Стога се убрзава привредни раст. Дакле, флексибилност економских институција није пожељна на ниском нивоу развијености привреде, али је пожељна на високом.

Независно од тога што могу да умање стопу приноса и на тај начин оборе стопу инвестиција и (транзиторног) привредног раста, економске институције које обезбеђују економске слободе имају двојако дејство. С једне стране, оне омогућују увећање ефикасности, па тиме и увећање нивоа производње при датом ангажовању производних фактора. Посреди је једнократно повећање нивоа производње, тако да се после тог увећања успоставља ново стабилно стање, односно стабилно стање које карактерише нови, виши ниво производње. С друге стране, оне омогућују повећана улагања производних фактора у истраживање и развој и уласке нових конкурената у грану, што поспешује пословне и технолошке иновације, па на тај начин убрзавају темпо технолошког прогреса, што увећава стопу привредног раста у стабилном стању.

Будући да је установљено шта чини добре економске институције, отвара се могућност поређења економских институција између земаља. Стога се поставља питање да ли се, аналогно граници ефикасности или граници доступне технологије, може формирати инсти-

[18] Вид. Lewis S. Davis, „Institutional flexibility and economic growth“, *Journal of Comparative Economics* 38(3)/2010, 306–320.

туционална граница, она граница која описује, са становишта привредног раста, најбоље институције.[19] Но, пре него што се пређе на разматрање тог питања, треба указати на то да и други фактори утичу на привредни раст и да институције, економске и остале, нису једино фундаментално објашњење привредног раста. Једно од најбитнијих савремених истраживања порекла привредног раста указује на културу као кључно, мада само једно од фундаменталних објашњења привредног раста, не спорећи значај економских институција.[20] Док институције, према самој дефиницији, представљају ограничења која обликују интеракције између људи, култура дефинише основне људске мотиве, њихову покретачку снагу, независно од тога да ли долази до интеракције са другим људима или не. Будући да је питање мотива кључно за разматрање одлука појединаца које су релевантне за привредни раст, пословних одлука да ли да се нешто предузме или не, очигледно је да се култура не може заобићи као једно од фундаменталних, са институцијама комплементарних, објашњења привредног раста.[21] То свакако треба имати у виду приликом разматрања једнозначног одређивања институционалне границе. Очигледно је да се већ на самом почетку дефинисања концепције институционалне границе јавља прилично крупан недостатак који се не може избећи.

---

[19] У том смислу, ту институционалну границу не треба поистоветити са границом институционалних могућности, концепцијом коју су у анализу увели S. Djankov *et al.*, 606–607, којом се исказује које су то доступне алтернативне институције којима се могу заштитити приватна својинска права. Та граница није оставила значајнији траг у радовима који су следили овај пионирски. Изузетак чине Darcy Allen, Chris Berg, „Subjective political economy“, *New Perspectives on Political Economy* 13/2017, 19–40.

[20] Вид. Joel Mokyr, *A Culture of Growth: The Origins of the Modern Economy*, Princeton University Press, Princeton 2017, 8, који под културом подразумева „скуп веровања, вредности и преференција које могу да утичу на људско понашање, а који се друштвено (не генетски) преноси и који дели неки подскуп у друштву“. На сличан начин културу дефинишу Luigi Giuso, Paola Sapienza, Luigi Zingales, „Does culture affects economic outcomes“, *Journal of Economic Perspectives* 20(2)/2006, 23–48. Проблем са ранијим разматрањима културе у економији и осталим друштвеним наукама лежи у непостојању њене јединствене дефиниције, тако да су различити аутори под културом подразумевали различите ствари. Више о томе вид. у: Sjoerd Beugelsdijk, Robbert Maseland, *Culture in Economics: History, Methodological Reflections, and Contemporary Applications*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.

[21] Више о комплементарности та два објашњења и о томе како се та комплементарност остварује вид. у: Boris Begović, „Institutions or Culture: Alternative or Complementary Explanations of Economic Growth?“, Keynote lecture at the *EMB 2018 International Conference*, Kragujevac 9th Novembre, 2018a.

3. ЈЕДНОЗНАЧНО ОДРЕЂИВАЊЕ ИНСТИТУЦИОНАЛНЕ ГРАНИЦЕ

Начелно посматрано, с обзиром на то да економске институције, у крајњој линији, детерминишу ниво производње и стопу привредног раста, институционална граница се може дефинисати као скуп оних институција које постоје у земљи која има највиши ниво укупне факторске продуктивности, односно највиши ниво производње (бруто домаћи производ – БДП) *per capita*.[22] Управо су то оне економске институције које су створиле подстицаје који су омогућили све оно што је довело до таквог нивоа производње као кумулативног резултата привредног раста: високу акумулацију производних фактора, висок ниво ефикасности и брз темпо технолошког прогреса током времена. Према томе, институционална граница се релативно лако дефинише на основу последица које ствара. Проблем је, међутим, у томе што, као што је већ поменуто, институције нису једини фактор привредног раста и што, у том методолошком оквиру, не постоји начин да се контролише дејство других фактора који условљавају економске исходе, попут културе. Стога се аналитички не могу изоловати само ефекти економских институција на ниво укупне факторске продуктивности, односно на БДП *per capita*. Самим тим, удаљеност појединe земље од институционалне границе нема линеарну везу са нивоом укупне факторске продуктивности у тој земљи, будући да на тај ниво свакако утиче и култура.[23]

[22] Институционалну границу много је боље дефинисати на основу достигнутог нивоа привредне развијености, мереног путем нивоа производње *per capita*, као индикатора продуктивности рада (апроксимације укупне факторске продуктивности), него путем стопе привредног раста. Реч је о томе да стопа раста може значајно да варира у времену, односно да земље које имају веома лоше институције могу, на пример услед институционалне реформе која у таквим околностима има веома високе приносе, у одређеним годинама да остваре високе стопе раста. Исто тако, високе стопе раста могу да се, у земљама који су извозници примарних производа, остваре захваљујући скоку цена тих производа на светском тржишту и побољшању услова размене, дакле без икакве институционалне реформе.

[23] Коришћење природних експеримената да се покаже да само институције утичу на привредни раст може да доведе до грешака у закључивању. Примери Северне и Јужне Кореје, као и града Ногалес, који дели граница између САД и Мексика, које износе Асемоглу и Робинсон, јесу примери да у условима контроле културе (која је иста у оба случаја) институције имају одлучујући утицај на привредни раст, али се на основу тога не може закључити, супротно ономе што чине аутори, да култура нема никакав утицај на економске исходе. Вид. Daron Acemoglu, James Robinson, *Why Nations Fail: The Origin of Power, Prosperity, and Poverty*, Profile Books, London 2012. Супротно поменутим природним експериментима, може се користити и природни експеримент транзиције источноевропских земаља у којима се разликују економски исходи тих и западноевропских земаља, иако су и у једним и у другима, после завршене транзиције и приступања Европској унији, на делу истоветне барем формалне институције. Очигледно је да се разликама

Независно од тог концептуалног недостатка, додатни проблем настаје када треба детаљније одредити саму институционалну границу, што значи дефинисати садржај тог појма. Са тим циљем, треба одговорити на следеће питање: које све то економске институције спадају у институционални скуп који чини ту границу? Будући да су идентификоване већ три врсте економских институција, отвара се већ поменуто питање могућности да ефекти једне врсте добрих економских институција противрече ефектима друге њихове врсте. Тај проблем се може решити уколико се институционална граница повеже искључиво са двема границама које су поменуте на почетку рада: границом ефикасности и границом технологије. То значи да би институционална граница била она која омогућава највишу доступну укупну факторску продуктивност (при датом нивоу акумулације производних фактора).

На тај начин може се једнозначно дефинисати институционална граница, будући да, у највећој мери, исти они фактори који утичу на ефикасност утичу и на технолошки прогрес.[24] Проблем са овако дефинисаном институционалном границом друге је врсте – занемарује се привредни раст а разматрање се искључиво усредсређује на раст укупне факторске продуктивности. То значи да, са становишта привредног раста, не може једнозначно да се дефинише конвергенција ка институционалној граници као пожељан правац институционалне реформе за сваку земљу. Наиме, уколико је посматрана земља веома удаљена од институционалне границе, врло вероватно је реч о земљи на ниском нивоу развијености, тако да су за њен привредни раст кључне оне институционалне реформе којима се успоставља универзална заштита приватних својинских права, док реформе којима се увећавају економске слободе са становишта привредног раста не морају да буду делотворне, па чак могу да буду контрапродуктивне. Реч је о томе да се привредни раст таквих земаља заснива на акумулацији производних фактора. Стога, неке од институција које омогућују раст укупне факторске продуктивности, попут оних које омогућавају слободне уласке нових конкурената, не само да не би дале резултате у таквим земљама, него би (имајући у виду да

у култури (заједно са неформалним институцијама) може објаснити разлика у економским исходима. Очигледно је да се разлике у економским исходима у земљама у транзицији могу приписати неформалним институцијама и култури, које се разликују између западноевропских и источноевропских земаља, тим пре што поједини аутори поистовећују културу са неформалним институцијама. Више о томе вид. у: B. Begović (2018a), 6. Више о поистовећивању неформалних институција и културе вид. у: Alberto Alesina, Paola Giuliano, „Culture and institutions“, *Journal of Economic Literature* 53(4)/2015, 898–944.

[24] Додуше, добра заштита интелектуалне својине, то јест свих својинских права која из ње произлазе, има кључну важност за технолошки прогрес и пословне иновације, али није посебно значајна за ефикасност.

обарају приносе инвестиција производних фактора) биле или бар могле да буду контрапродуктивне будући да умањују подстицаје за њихову акумулацију. Отуда може да се догоди да конвергенција ка институционалној граници изазове обарање (транзиторне) стопе привредног раста земаља које се налазе на нижем нивоу привредне развијености.

Чак и уколико се уочени проблеми отклоне, што се може постићи тиме да се разматрање усмери искључиво на укупну факторску продуктивност,[25] треба очекивати да постоје опадајући приноси институционалне реформе. Реч је о следећем: уколико је земља далеко од институционалне границе, релативно једноставним реформским потезима може знатно да подигне ниво производње, односно да убрза привредни раст. Како јој се приближава, треба очекивати све мањи прираст и нивоа производње и саме стопе привредног раста.

Ипак, кључни проблем привредног раста на средњем нивоу развијености, као и конвергенције коју он узрокује, јесте питање начина преласка са једне врсте привредног раста (оног заснованог на акумулацији производних фактора) на други (онај заснован на иновацијама). То означава и промену садржаја институционалне реформе усредсређене на убрзање привредног раста. На њеном почетку, при најнижим нивоима привредне развијености, најважније је да се успостави универзална и добра заштита приватних својинских права, и то од сваке врсте њиховог нарушавања, без обзира на то да ли је у складу са законом или није, односно, из другог угла посматрано, да ли она долазе од јавног или приватног сектора. Насупрот томе, на вишим нивоима развијености, и привредне и институционалне, од кључне је важности обезбедити снажну конкуренцију, односно омогућити слободан улазак нових конкурената, будући да се привредни раст у тој фази заснива на иновацијама, а не толико на акумулацији производних фактора.[26]

---

[25] Тиме се анализа *de facto* усмерава ка привредном расту земаља које се налазе на високом нивоу развијености јер је раст укупне факторске продуктивности, и то онај заснован на технолошком напретку, основни извор њиховог привредног раста.

[26] На нормативном плану, отвара се питање садржаја и, нарочито, правовремености институционалне реформе у случају земаља на средњем нивоу развијености. Прерано увођење институција које омогућавају снажну конкуренцију, док се привредни раст још увек заснива на акумулацији производних фактора и њиховим инвестицијама, може да изазове знатно успоравање привредног раста. То се може рећи и за прекасно увођење институција које омогућавају снажну конкуренцију. Ипак, чини се да прва од ове две уочене грешке има мање негативне последице, будући да је ефекат пада инвестиција на привредни раст ублажен повећањем ефикасности до које неминовно доводи либерализација. Више о тој дилеми из аспекта права конкуренције и његове примене у земљама југоисточне Европе вид. у: Boris Begović, „Middle income convergence trap and the role of competi-

То, међутим, не значи да заштита приватних својинских права на вишим нивоима развијености није значајна, нарочито заштита од приватних предатора. Не постоји, ни на једном нивоу развијености, ниједан ваљан разлог за напуштање тако успостављене владавине права. Међутим, на високим нивоима привредне развијености може се толерисати виши ниво присилне прерасподеле дохотка која, услед прекомерног опорезивања, неминовно представља нарушавање приватних својинских права које је у складу са законом. Штавише, све развијене земље су демократске, тако да преференције медијанског бирача у погледу присилне прерасподеле дохотка долазе до изражаја у формирању државних политика, што поспешује ту врсту присилне прерасподеле.[27] Стога се може очекивати да је укупан ниво заштите приватних својинских права у развијеним земљама нешто нижи, али је неспорно веома висок ниво заштите прихватних својинских права од оних нарушавања која представљају кршење закона.[28] Сходно свему наведеном, може се очекивати да је ниво укупне заштите приватних својинских права у најразвијенијим земљама нешто нижи, готово у потпуности услед распрострањености политике присилне прерасподеле дохотка од богатих ка сиромашнима и умањења економске неједнакости на тај начин.[29]

Питање економских институција које омогућавају ефикасно пружање јавног добра јесте област истраживања којој је досад посвећено релативно мало пажње. Очигледно је да су те економске институције веома блиско повезане са политичким институцијама, оним правилима игре којима је уређен политички процес. Емпиријска истраживања, мада усмерена на целокупну ефикасност јавног сектора, не само на пружање јавног добра, показала су знатне разлике у тој ефикасности, иако су анализиране искључиво разлике између земаља чланица OECD-а, привредно и институционално најразвијенијих земаља света и у том погледу веома хомогених.[30] Нажалост, засад нема резултата поређења ефикасности јавног сектора између земаља

tion policy in SEE countries“, *Competition Authorities in South Eastern Europe: Building Institutions in Emerging Markets* (eds. Boris Begović, Dušan Popović), Springer International Publisher, Heidelberg 2018b, 43–61.

27 Вид. Alberto Alesina, Dani Rodrik, „Distributive politics and economic growth“, *Quarterly Journal of Economics* 109(2)/1994, 465–490.

28 Елементи емпиријске потврде тог налаза могу се наћи у: James Gwartney *et al*., *Economic Freedom of the World: 2018 Annual Report*, Fraser Institute, Vancouver 2018.

29 Више о еволуцији те државне политике од краја XIX века до савременог доба вид. у: Vito Tanzi, *Termites of the State, Why Complexity Leads to Inequality*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.

30 Вид. Antonio Alfonso, Ludger Schuknecht, Vito Tanzi, „Public sector efficiency: An international comparison“, *Public Choice* 123/2005, 321–347.

OECD-а, с једне стране, и осталих, не толико развијених земаља, с друге стране.

Сходно свему наведеном, независно од концептуалног проблема контролисања ефеката културе на економске исходе, теоријски посматрано се не може једнозначно одредити институционална граница, већ очигледно постоји читав низ тих граница, што зависи од тога која је специфична економска институција у питању. Одатле следи отворено питање мерења институционалне границе, односно њеног емпиријског истраживања.

4. МЕРЕЊЕ ИНСТИТУЦИОНАЛНЕ ГРАНИЦЕ

Основно методолошко питање у вези са мерењем институционалне границе јесте да ли се та граница мери директно или индиректно. Директно мерење претпоставља квантификовање квалитета сваке од економских институција које се узимају у разматрање, то јест оних за које се дефинише институционална граница. Отуда следе питања избора тих институција и начина квантификације њихових одлика.

Једну могућност је понудило истраживање, односно годишњи извештај *Doing Business 2018*,[31] у коме се користи 31 индикатор да би се описало десет врста економских институција којима се формира пословно окружење у посматраној земљи. Сваки од тих индикатора представља појединачну економску институцију, односно неко специфично правило понашања дефинисано од извршне или законодавне власти у тој земљи. Штавише, за сваку појединачну економску институцију извештај експлицитно мери „заостајање за институционалном границом“. Ипак, чини се да избор индикатора, практично економских институција које се разматрају, није баш најцелисходнији са становишта теоријских налаза у погледу институционалне границе са становишта привредног раста. Број корака које треба предузети да би се добио прикључак на електричну мрежу, на пример, свакако представља одређену баријеру уласку, али је ипак, уколико се то изоловано посматра, реч о тривијалним информацијама. Стога се уз избор какав нуди извештај *Doing Business 2018* може рећи да појединачне институционалне границе ипак не задовољавају основне критеријуме да би се на том нивоу детаљно емпиријски размотрило питање удаљености одређене земље од институционалне границе.

Наравно, тај проблем се може решити формулисањем композитне институционалне границе, оне коју би чинили сви поменути

[31] World Bank, *Doing Business 2018: Reforming to Create Jobs*, World Bank, Washington, DC 2018.

индикатори. Ту се јављају три проблема: један је теоријски, о коме је више речи било у претходном поглављу, други је концептуални, а односи се начин пондерисања сваког од наведених индикатора, док је трећи технички, будући да се поменути индикатори између себе знатно разликују по начину исказивања, па треба пронаћи одговарајући механизам којим ће се формирати композитна институционална граница. За решавање другог и трећег проблема потребне су арбитрарне одлуке. Наравно, овај последњи, технички проблем може се решити преласком на систем рангирања, али онда се више не добија удаљеност од границе већ удаљеност ранга, што знатно умањује информације које се том анализом добијају. Штавише, остаје отворено питање колико би и таква композитна институционална граница, све да је и формулисана решавањем свих уочених методолошких проблема, одговарала оним економским институцијама за које је теоријска анализа показала да су најбитније са становишта привредног раста. Осим тога, све и да се наведени проблеми реше, на тај начин се, пре свега, мере и вреднују формалне институције, док се неформалне институције на тај начин не вреднују, бар не у пуној мери. Наравно, опстаје и већ уочени концептуални проблем контролисања дејства културе на економске исходе.

Нешто боље резултате на том плану пружа мерење економских слобода које годишње спроводи Фрејзеров институт (*Fraser Institute*).[32] Реч је о томе да су та мерења организована на начин који се може прикладно искористити за исказивање појединих врста економских институција које су на теоријском плану идентификоване као кључне за привредни раст. Индикатор „величина државе“ јесте посредни индикатор економских институција које омогућују нарушавање својинских права које је у складу са законом. Индикатор „правни систем и својинска права“ представља индикатор економских институција које штите својинска права од њиховог заснованог на кршењу закона. Два индикатора, „слобода међународне трговине“ и „регулација тржишта“ представљају индикаторе оних економских институција које омогућавају слободну конкуренцију и, бар у одређеној мери, слободу уласка нових конкурената. Стога се чини да су ти индикатори далеко погоднији за директно мерење институционалне границе него претходни које је понудио извештај *Doing Business 2018*. Ипак, засад ти индикатори нису коришћени за мерење институционалне границе.

Институционална граница, барем начелно посматрано, може да се мери и посредно. За то може да послужи укупна факторска продуктивност, будући да постоји снажна веза између институционалне границе и те величине. Може се претпоставити да земља која се нала-

---

[32] J. Gwartney *et al*.

зи на институционалној граници има највишу укупну факторску продуктивност јер је максимизовала економску ефикасност и омогућила најбржи темпо технолошког прогреса, без обзира на то да ли је он заснован на сопственим истраживањима и развоју или на технолошком трансферу и брзом прихватању најновије технологије. Међутим, поново се јавља проблем контроле дејства културе на економске исходе, па се може алтернативно претпоставити да земља која има највишу укупну факторску продуктивност располаже оптималном комбинацијом економских институција и културе. Надаље, из другог угла посматрано, оправдано је закључити да је укупна факторска продуктивност мера удаљености од границе доступне технологије, односно да је максимална забележена укупна факторска продуктивност индикатор да се земља налази на самој граници доступне технологије.[33] Штавише, показало се да релативни ниво укупне факторске продуктивности између земаља варира и од гране до гране. Док једна земља бележи највиши ниво укупне факторске продуктивности у једној грани, у некој другој грани тај ниво бележи нека друга земља. Управо се то показало у емпиријском истраживању у коме је продуктивност рада коришћена као посредни индикатор укупне факторске продуктивности.[34] Очигледно је да индиректно мерење институционалне границе не само да не представља одговарајућу замену за њено директно мерење већ се тим приступом отварају нови концептуални и методолошки проблеми.

5. ЗАКЉУЧАК

Разматрање концепције институционалне границе у истраживању привредног раста отвара могућност бољег разумевања тог процеса, и привредног раста који се заснива на акумулацији производних фактора и оног који се заснива на расту укупне факторске продуктивности. Значајан налаз овог разматрања је да, са становишта привредног раста, не постоји најбољи скуп економских институција,

[33] Та анализа се заснива на имплицитној претпоставци да је ефикасност максимизована у случају свих земаља, па су стога разлике у укупној факторској продуктивности између земаља последица искључиво разлика у примењеној технологији.

[34] То је, услед проблема у мерењу капитала и његовом упоредивом праћењу по земљама, уобичајен начин посредног мерења укупне факторске продуктивности између различитих земаља. Тиме се, међутим, отвара питање нивоа људског капитала, односно утицаја који ниво људског капитала има на продуктивност, независно од технологије која се примењује, односно од нивоа ефикасности који је постигнут. Вид. Philippe Aghion, Alberto Alesina, Francesco Trebbi, „Democracy, Technology, and Growth“, *Institutions and Economic Performance* (ed. Elhanan Helpman), Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2008, 511–543.

онај који максимизује стопу привредног раста, већ се тај скуп мења зависно од нивоа развијености, а то значи од врсте привредног раста који се бележи. Нижи нивои привредне развијености и акумулација производних фактора као извор раста захтевају бољу заштиту приватних својинских права и, вероватно, нижи степен конкуренције, док за земље на високом нивоу развијености пресудну важност имају висок степен конкуренције и слобода улазака нових конкурената.

Дефинисање институционалне границе указало је на још један проблем који је неминован уколико се прихвати приступ у коме постоји само једно фундаментално објашњење привредног раста. Будући да се недвосмислено показало да на привредни раст, односно, шире посматрано, на економске исходе значајно делује култура, онда у анализи треба контролисати њено дејство, што концепција институционалне границе не омогућава јер се заснива на имплицитној претпоставци да су једино институције фундаментално објашњење привредног раста.

Независно од тога, показало се да постоје знатни проблеми да се институционална граница једнозначно дефинише и врло је вероватно да се излаз из тога мора тражити у више институционалних граница – свака од њих према посебној групи економских институција. Тиме се додатно умањује аналитички домет концепције институционалне границе.

Мерење те границе доноси нове проблеме, мада отвара и могућа, додуше, не једнозначна решења. Изгледа да се тим методолошким проблемима даље умањују аналитички домети концепције институционалне границе, па се може поставити питање да ли постоји оправдан разлог да се настави са тим истраживањима, и на теоријском и на емпиријском плану.

У одговору на то питање треба водити рачуна да су истраживања аналитичких домета концепције институционалне границе омогућила боље и јасније сагледавање фактора привредног раста и разумевање механизама њиховог деловања. Када се у све то укључи и категорија људског капитала, будући да је то један од најзначајнијих фактора технолошког прогреса, без обзира на то да ли је у питању истраживање и развој или трансфер, односно прихватање нове технологије, таква разматрања могу да постану само још значајнија. Према свему судећи, аналитички домети концепције институционалне границе нису велики, али је њихово истраживање донело бројне узгредне, ненамераване користи у погледу разумевања механизама привредног раста. Очигледно је да сложеност феномена привредног раста доводи до понекад неочекиваних резултата његовог истраживања.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Acemoglu, D., Johnson, S., Robinson, J. A., „Institutions as a fundamental cause of long-run growth“, *Handbook of Economic Growth*, *Volume 1A* (eds. P. Aghion, S. N. Durlauf), North Holland, Amsterdam 2005.

Acemoglu, D., Aghion, Ph., Zilibotti, F., „Distance to frontier, selection and economic growth“, *Journal of European Economic Association* 4(1)/2006.

Acemoglu, D., Robinson, J., *Why Nations Fail: The Origin of Power, Prosperity, and Poverty*, Profile Books, London 2012.

Aghion, Ph., Howitt, P. W., „A model of growth through creative destruction“, *Econometrica* 60/1992.

Aghion, Ph., Alesina, A., Trebbi, F., „Democracy, Technology, and Growth“, *Institutions and Economic Performance* (ed. E. Helpman), Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2008.

Alesina, A., Giuliano, P., „Culture and institutions“, *Journal of Economic Literature* 53(4)/2015.

Alesina, A., Rodrik, D., „Distributive politics and economic growth“, *Quarterly Journal of Economics* 109(2)/1994.

Alfonso, A., Schuknecht, L., Tanzi, V., „Public sector efficiency: An international comparison“, *Public Choice* 123/2005.

Allen, D., Berg, C., „Subjective political economy“, *New Perspectives on Political Economy* 13/2017.

Barro, R., Sala-i-Martin, X., *Economic Growth*, The MIT Press, Cambridge, Mass. 2005[2].

Беговић, Б., *Институционални аспекти привредног раста*, Службени гласник – Центар за либерално-демократске студије, Београд 2011. (Begović, B., *Institucionalni aspekti privrednog rasta*, Službeni glasnik – Centar za liberalno-demokratske studije, Beograd 2011)

Begović, B., „Middle income convergence trap and the role of competition policy in SEE countries“, *Competition Authorities in South Eastern Europe: Building Institutions in Emerging Markets* (eds. B. Begović, D. Popović), Springer International Publisher, Heidelberg 2018.

Begović, B., „Institutions or Culture: Alternative or Complementary Explanations of Economic Growth?“, Keynote lecture at the *EMB 2018 International Conference*, Kragujevac 9th November, 2018.

Beugelsdijk, S., Maseland, R., *Culture in Economics: History, Methodological Reflections, and Contemporary Applications*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.

Davis, L. S., „Institutional flexibility and economic growth“, *Journal of Comparative Economics* 38(3)/2010.

Djankov, S. *et al.*, „The new comparative economics“, *Journal of Comparative Economics* 31(3)/2003.

Giuso, L., Sapienza, P., Zingales, L., „Does culture affects economic outcomes“, *Journal of Economic Perspectives* 20(2)/2006.

Gwartney, J. *et al.*, *Economic Freedom of the World: 2018 Annual Report*, Fraser Institute, Vancouver 2018.

Hall, R. E., Jones, Ch. I., „Why do some countries produce so much more output per worker than others?“, *Quarterly Journal of Economics* 109(1)/1999.

Kirkland, J. (ed.), *Barriers to International Technology Transfer*, Kluwer Academic, Dordrecht 1996.

Lucas, R., „Why doesn't capital flow from rich to poor countries“, *American Economic Review* 80(1)/1990.

Mokyr, J., *A Culture of Growth: The Origins of the Modern Economy*, Princeton University Press, Princeton 2017.

North, D. C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge 1990.

Romer, P. M., „Endogenous technological change“, *Journal of Political Economy* 98/1990.

Scully, G. W., „The institutional framework and economic development“, *Journal of Political Economy* 96/1988.

Solow, R. M., „A contribution to the theory of economic growth“, *Quarterly Journal of Economics* 70/1956.

Tanzi, V., *Termites of the State, Why Complexity Leads to Inequality*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.

Viscusi, W. K., Vernon, J. M., Harrington, J. E., *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts 1995[2].

Weil, D. N., *Economic Growth*, New York 2009[2].

Williams, C. R., „Informal institutions rule: institutional arrangements and economic performance“, *Public Choice* 139(2)/2009.

World Bank, *Doing Business 2018: Reforming to Create Jobs*, World Bank, Washington, DC 2018.

Boris Begović, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

CONCEPT OF INSTITUTIONAL FRONTIER AND ITS ANALYTICAL CAPACITY IN EXPLORATION OF ECONOMIC GROWTH

Summary

The goal of the paper is to explore the concept of institutional frontier and examine its analytical capacity in considerations of economic growth. There is no unequivocal answer to the question of the best economic institutions for economic growth as the answer depends on the level of development. The concept of institutional frontier cannot resolve the problem of control of influence of culture on economic outcomes, as it is evident that culture is, together with institutions, a significant factor of economic growth. It is demonstrated that specifying a single institutional frontier is not desirable; instead this should be done at the level of the economic institutions themselves or their groups. Measuring the institutional frontier is linked to substantial methodological challenges. The analytical capacity of the institutional frontier concept is rather limited, but its exploration provided numerous unintentional side benefits related to the understanding the mechanics of economic growth.

Key words: *Economic growth. – Institutional frontier. – Efficiency frontier. – Technology frontier. – Culture. – Economic freedom.*

Article history:
Received: 16. 1. 2019.
Accepted: 15. 3. 2019.

УДК 342(497.5)”1941/1943”; 94(497.5)”1941/1943”

CERIF: S148, H300, S115

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901117Z

Др Милош Здравковић[*]

УСТАВНОПРАВНИ ТЕМЕЉИ НЕЗАВИСНЕ ДРЖАВЕ ХРВАТСКЕ

Када је уз помоћ Немачке и Италије формирана Независна Држава Хрватска (НДХ), на чело те државе дошао је усташки покрет који је дотле деловао махом у емиграцији. У раду се доказује да је, у периоду од 1941. до 1943. године, НДХ поседовала потребне елементе државности: територију, становништво и државну власт. Државна власт је организована према моделу усташке организације, на челу с поглавником, који је располагао свим диктаторским овлашћењима. Иако у НДХ, као ни у нацистичкој Немачкој, никада није донет устав, ефикасност деловања органа те власти и потребна подршка довољног дела становништва сведоче да је у НДХ ипак постојао устав у његовом материјалном смислу. Основи функционисања усташке државе и њен идентитет утврђени су некодификованим уставом, који су чинили: Устав Усташе – хрватског ослободилачког покрета из 1929, Начела усташког покрета из 1933, с допунама из 1941. године, као и одређеним законима уставноправног значаја донетим по формирању НДХ.

Кључне речи: *Независна Држава Хрватска. – Устав. – Организација власти. – Легитимитет.*

1. УВОД

Независна Држава Хрватска, која је постојала од априла 1941. до маја 1945. године, неспоран је историјски феномен. Иако у историографији и данас постоје многа несагласја о одређеним историјским чињеницама у вези са НДХ, готово сви релевантни

[*] Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *milos.zdravkovic@ius.bg.ac.rs*.

историчари се слажу о њеним главним одредницама. Да су НДХ створиле Силе осовине, пре свих нацистичка Немачка, с којом је на крају заједно пропала, да је у њој инсталиран усташки режим који је имао фашистички карактер, да је тај режим систематски спроводио план етнички чисте Хрватске и у ту сврху организовао систем логора смрти, да су клерикални кругови Католичке цркве пружали континуирану подршку том режиму, јесу констатације које озбиљан истраживач не може, а и не сме да стави под знак питања. Уз постојање непрегледног мноштва историјских доказа, оспорити те наводе о НДХ значило би исто што и тврдити да је Земља равна плоча.

Због чега се онда често воде веома жучне расправе о карактеру НДХ, због чега и даље постоје апологете усташког режима, због чега се читавом хрватском народу пришива епитет геноцидног, због чега су историчари тако удаљени у процени броја жртава страдалих под влашћу НДХ? Разлоге треба потражити у политизованом и идеологизованом сагледавању историјских чињеница или, пак, њиховом негирању. Таква интерпретација историјских догађаја последица је, између осталог, националистичке идеологије којој многи аутори не могу да одоле и која их спречава да своје ставове поткрепе релевантним аргументима и уздигну их на научни ниво.[1] Ненаучни или квазинаучни приступ тако осетљивој теми посебно је опасан.[2] Одатле долази потреба да се дискурс о феномену НДХ постави у научне и академске оквире.

У том погледу, велики изазов представља одређивање карактера Независне Државе Хрватске. Из правнотеоријске визуре два питања се постављају као кључна, а то су: да ли је НДХ била држава и да ли је за време њеног постојања на њеној територији важио правни поредак или је владао поредак силе. Без одговора на та два питања немогуће је исправно одредити уставноправне темеље НДХ. Разуме се да се у оквиру једног чланка ова питања не могу расправити, те ће се посегнути за резултатима најновијих истраживања на основу којих ће бити постављен оквир за анализу проблема уставности НДХ. У том оквиру, за сврху ове анализе, потражиће се одговори на неколико кључних питања, а то су питања уставних аката НДХ, њене државне организације, облика државне власти и њеног легитимитета, на основу којих ће се у закључним разматрањима изнети

[1] Често је довољно занемарити извесне мање језичке разлике да би се припадност аутора са југословенског простора прецизније одредила само на основу значења њихових речи, на пример, ако аутор своје монографско дело о Јасеновцу наслови *Радни логор Јасеновац*, вероватно је да долази из Хрватске.

[2] „Јер за интелектуалце овога века, овог нашег доба, постоји само један испит савести, постоје само два предмета из којих се пада не на годину, него због којих се губи право (моралног) гласа једном за увек: фашизам и стаљинизам. Све остало су трице и кучине." Данило Киш, *Homo poeticus*, Глобус, Загреб 1983, 16.

аргументација у прилог тезе да је у НДХ ипак постојао некодификовани, меки устав, барем у првој половини њеног постојања. Но претходно треба одредити појам устава.

2. ПОЈАМ УСТАВА

Данас се устав у свом жаришном значењу уобичајено дефинише као правни акт највеће правне снаге којим се одређују организација и делатност највиших државних органа, уређују основни друштвено-економски и политички односи и прокламују и штите основна права и слободе појединаца и колективитета.[3] Етимолошки посматрано, већ и сама реч устав указује на његове основне особине: *установљавање* државне власти, али, истовремено, и њено *(за) устављање* према правима и слободама појединаца.[4]

Као и сваки други правни акт, тако и устав има своју форму и своју садржину, што се, уосталом, из претходне дефиниције устава може лако закључити. У формалном погледу, устав је писани акт највеће правне снаге, који доноси посебан уставотворни орган или редовни законодавни орган према посебном поступку. У формалном смислу, устав се јавља тек крајем 18. века. Као последица крупних друштвених промена у западном свету које су врхунац доживеле током Француске буржоаске револуције, донети су први устави, Устав САД (1787), а неколико година касније и Устав Француске (1791). До тог тренутка, државе су, као политичке заједнице, биле организоване уставима у материјалном смислу.[5] Потреба да се најважнија правила или основни закон формализују посебним актом у свечаној форми који би гарантовао његову трајност, настала је као израз буржоаске борбе против монарховог апсолутизма, те је устав „схватан као услов демократије".[6]

[3] Вид. Ратко Марковић, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 38; Радомир Лукић, Будимир Кошутић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Службени гласник, Београд 2007, 161; Радмила Васић, Миодраг Јовановић, Горан Дајовић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 266; Драган Митровић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 191.

[4] Драган Митровић, *Теорија државе и права*, Досије студио, Београд 2010, 407.

[5] Још је Аристотел са својим ученицима приступио изучавању полиса као политичких заједница и одредио појам политеје (πολιτεία), који би условно одговарао савременом појму устава у материјалном смислу. Вид. Аристотел, *Устав атински*, Плато, Београд 1997.

[6] Миодраг Јовичић, *Закон и законитост*, Радничка штампа, Београд 1977, 44–45.

Одређивање устава у формалном смислу имплицира ступњевитост правног система у којем постоје норме веће и мање правне снаге које се међусобно налазе у хијерархијском односу. То је питање системског важења правних норми, при чему норме ниже правне снаге црпе своје важење из норми више правне снаге. Тако, на пример, решење управног органа као појединачни правни акт важи зато што је донето на основу уредбе владе, која опет важи јер је донета на основу закона, а закон на основу устава. Ако би се правни систем замислио као пирамида, на врху те пирамиде налазио би се устав, из кога све друге норме конкретног правног система црпе своје важење. Наравно, намеће се питање на основу чега важи устав. Актуелни устав који конституише целокупан правни систем своје важење црпи из претходног устава, ако је донет на начин који је предвиђен тим уставом. Тим путем уназад стиже се до првог устава који може бити први и у историјском погледу, под условом да је сваки следећи донет на начин који одређује претходни. У случају да се та линија покида, то јест да се донесе устав супротно правилима претходног, посреди је својеврсна правна револуција и тада тако донет устав постаје први.[7]

С друге стране, у правној науци не постоји потпуна сагласност шта је устав у материјалном смислу. Разлози су вишеструки, а овде ће се поменути два најважнија. Први проблем је правнотеоријске природе, будући да је концептуално тешко направити разлику између устава и закона у садржинском погледу. У оба случаја, реч је о правним актима који садрже општа правна правила којима се утврђују овлашћења и обавезе правних субјеката и уређује организација власти у држави, што значи да је њихова природа иста, односно да је устав једна врста закона. Због тога се устав често назива још и основни закон, што је, на пример, и званични назив немачког устава (Основни закон Савезне Републике Немачке). Ипак, у чистом правнопозитивистичком погледу, ту разлику је прецизно оцртао Келзен (Kelsen). Његово одређење устава у материјалном смислу сасвим је редуковано и односи се на стварање општих правних норми, то јест на законодавство. Према његовом мишљењу, уставом се регулише законодавство одређивањем „органа или органā који су овлашћени за стварање општих правних норми – закона и уредаба“ или, што излази на исто, устав је у материјалном смислу „позитивна норма или позитивне норме којима се регулише стварање општих правних норми“.[8] Разликовање устава у формалном и материјалном смислу

7 На основу чега важи први устав – представља једно од најзначајнијих правнотеоријских питања на које највећи ауторитети у области теорије права дају различите одговоре. Вид. Горан Дајовић, *Правна обавезност и важење права*, Службени гласник – Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008.

8 Ханс Келзен, *Чиста теорија права*, Гутенбергова штампарија, Београд 2000^2, 179.

Келзен је једноставно извео – све уставне одредбе којима се не регулише законодавство, то јест стварање општих правних норми, и које се по правилу односе на друге, политички веома важне предмете, као и „одредбе по којима се норме садржане у том документу [уставу] не могу укидати или мењати као обични закони, већ само под отежаним условима и у посебном поступку", представљају устав у формалном смислу. Келзен сматра да уставна форма, баш као и законска, „може примити било коју садржину која у првом реду служи стабилизацији норми које се овде означавају као материјални устав и које су позитивноправна основа целокупног државног правног поретка".[9] Слободан Јовановић је отишао још даље означавајући разлику између устава и закона искључиво као формалну, а не садржинску, пошто и устав и закони садрже опште правне норме. Ако би законодавац желео да обезбеди сталност неких најважнијих законских норми у времену у смислу да се не могу мењати редовним путем као остали закони, то може постићи једино ако би их донео у некој другој форми, а не законској. Та друга форма се осигурава компликованијом процедуром у којој их доноси редовни орган или више њих (на пример, захтевом за квалификованом већином) или се у ту сврху формирају нарочити органи (на пример, уставотворна скупштина). Јовановић сматра да у правним системима који не познају посебну уставну форму устав, строго узев, ни не постоји.[10] Ипак, чини се да је свођење разлике између устава и закона само на формални ниво претерано, будући да се на основу ње не може објаснити надлежност законодавног органа. Без уставне норме која би садржински одређивала надлежност и поступак доношења закона, упитно би било на основу чега законске норме важе. У том случају, установљење надлежности конкретног органа или конкретних органа за доношење општих правних правила било би фактичко питање иако оно то није.

Други проблем је методолошке природе. Наиме, без обзира на истоветност, то јест општост норми које се налазе у уставу и законима, сматра се да устав, као основни закон, за разлику од других, има значајнији предмет регулисања. У науци уставног права тај предмет је означен као материја, садржина устава (*materia constitutionis*), која се може поделити на две групе питања, државну власт, као прву, и друштво и његове припаднике, односно грађане, као другу. Дакле,

[9] *Ibid.*

[10] Слободан Јовановић, *О држави – основи једне правне теорије*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1922, 230–232. Јовановић као додатни аргумент истиче следећи замишљени пример: „Међутим између закона, управне наредбе, судске пресуде остала би увек једна разлика, баш да се сви ти акти власти ставе у надлежност истих органа, који би их по истом поступку вршили (једна чисто теоријска могућност, најприближније остварена у апсолутној монархији). Ти би се акти увек разликовали један од другог, ако не другачије, а оно својом садржином, – у материјалном смислу, ако не у формалном."

уставом се у материјалном смислу одређују организација и делатност највиших државних органа, уређују основни друштвено-економски и политички односи и прокламују и штите основна права и слободе појединаца и колективитета. Већ такво уобичајено одређење уставне материје[11] имплицира да се у фокусу предмета проучавања налазе устави либералнодемократских држава. Но, организација власти постоји и постојала је у свим државама јер за постојање државе организовање највише политичке власти представља неопходан услов. Исто тако, у многим државама које нису демократске и грађанске, попут фашистичких, диктаторских или комунистичких, не постоје или нису постојале гаранције личних и колективних слобода. Очигледно је да су примери организовања многих држава мање или више удаљени од језгра појма устава, како се он уобичајено схвата. Ипак, такве државе јесу реалност, оне су постојале, постоје (а вероватно је да ће и постојати). Методолошки је неоправдано редуковати предмет проучавања само на уређење оних држава чији се устави налазе у језгру појма, а остале, иако реалне, постојеће, искључити, јер „њихова евентуална критика може уследити тек после њиховог проучавања".[12]

Све до сад речено односи се на нормативни појам устава, то јест на устав као скуп највиших и најважнијих норми једног правног система. Осим нормативног одређења, појам устава се може одредити и друкчије: политички и социолошки. У политичком смислу „устав постоји кад је онемогућена субјективност, самовоља и злоупотреба носилаца државне власти. Устав је акт институционализације и објективизације вршења државне власти."[13] Политички појам устава управо означава владавину права, уместо владавине човека, јер искључује личну вољу владајућих као највишу и претпоставља апстрактну вољу објективног права. У центру политичког појма устава налазе се подела власти те рационалан метод уставних промена, признавање и заштита слобода и права појединаца.[14] С друге стране, социолошки појам устава изграђен је у социолошкоправним теоријама чија је основна преокупација однос између права и

[11] У ранијој домаћој литератури, појам устава у материјалном смислу је схватан нешто уже, што је и разумљиво ако се у виду има политичко-друштвени поредак у коме су наши аутори стварали. Тако, Лукић сматра да устав у материјалном смислу чине „само оне правне норме које одређују организацију највиших органа власти и начела целокупног правног поретка и државне организације". Радомир Лукић, *Теорија државе и права*, Савремена администрација, Београд 1987, 113. Исто и у Миодраг Јовичић, 44–45.

[12] Р. Марковић, 18.

[13] *Ibid*., 38

[14] *Ibid*., 39.

друштва, то јест њихов међусобни утицај.[15] У најкраћем, у тој групи теорија повлачи се разлика између *стварног* устава, као израза реалних друштвених сила и односа које делују у оквиру државе као политичке заједнице, и *писаног* устава који може, али и не мора бити израз тих односа. Другим речима, уставом се може предвидети демократско устројство државе или гарантовати права и слободе грађана а да реални односи у друштву не одговарају уставним декларацијама, које онда представљају само фасаду иза које се крије аутократски поредак. Као убедљив пример може послужити Устав СССР-а из 1936. године, чије су норме предвиђале демократско уређење државе и заштиту основних личних права и слобода, док је друштвена стварност, нарочито у време његовог доношења, када је започет масовни талас прогона и чистки, показивала сву бруталност тоталитарног терора и није имала никакве везе с проглашеним уставним нормама.[16]

Социолошки приступ је пожељан из још једног разлога – социологија располаже методама којима се најбоље објашњава својеврсна дуална природа устава, пошто устав није само правни већ и политички акт. За разлику од других правних аката који своје важење црпе из виших, устав, прецизније, први устав своје важење не може, формалноправно, извести из неког другог, вишег правног акта. Ако се напусти поље правне теорије у којем различити аутори различито објашњавају важење првог устава, нема спора да уставне норме важе ако се ефикасно примењују, ако су делотворне. Да би биле делотворне, оне морају бити прихваћене, пре свих од најважнијих државних службеника, али и од других важних политичких и економских субјеката, као и од народа који под тим уставом живи.[17] Због тога су текстови уставних докумената увек писани посебним језиком и у естетском погледу битно одступају од редовног правничког стила. У преамбули устава, која најчешће претходи нормативном делу текста,[18] писци устава се позивају на светле традиције, заједничко порекло народа, узвишене циљеве итд., што није ништа друго до обезбеђивање широке подршке конкретном уставу. Тако устав, да би био делотворан, треба да изражава одређени квантум основних заједничких вредности у друштву, да буде пресек главних политика и интереса једног друштва и државе. Како је питање поштовања и делотворне примене уставних правила кључно за схватање проблема

[15] Вид. Denis J. Galligan, *Law in Modern Society*, Oxford University Press, Oxford 2006, 15 и даље.

[16] Nikola Visković, *Teorija države i prava*, Birotehnika CDO, Zagreb 2001, 184.

[17] D. Galligan.

[18] Преамбула, као својеврстан увод у устав или његов предговор, може да претходи наслову устава или да следи испод наслова устава, али увек претходи нормама устава. Р. Марковић, 42.

уставности НДХ, у закључним разматрањима ће му бити посвећена додатна пажња.

Осим различитих одређења појма устава, постоје и њихове различите врсте. За остатак анализе која следи, на овом месту би ваљало, између неколико класичних подела устава, истаћи само две – поделу устава на кодификоване и некодификоване, као и на чврсте и меке. Кодификовани су они формални устави који су донети у једном правном акту и скоро све данашње државе имају управо кодификовани устав. За разлику од кодификованих, некодификовани устави су изражени у више различитих аката уставног карактера. С друге стране, подела на чврсте и меке уставе врши се према начину промене устава. Ако је за промену устава предвиђен тежи поступак него за промену закона, реч је о тврдом уставу, али ако је поступак исти, у питању је меки устав.[19] Но без обзира на формалну идентичност са законима, „у суштини и меки и неписани устави праве разлику између обичних и уставних правила (норми) од којих се састоје".[20]

3. ФОРМИРАЊЕ НДХ

Када је у Београду 27. марта извршен војни пуч као последица приступања Југославије Тројном пакту, у Берлину је донета одлука о распарчавању Југославије и бомбардовању њене престонице. По избијању рата 6. априла 1941. године, окупаторске трупе су за десетак дана заузеле целокупан простор Краљевине Југославије. Територија Југославије подељена је на више делова који су имали различите статусе, а највећи од њих заузела је НДХ (приближно две петине укупне ликвидационе масе Југославије). Првобитна замисао окупатора била је да се на чело нове хрватске државе поставе Влатко Мачек и његова Хрватска сељачка странка (ХСС).[21] Мотив за такву одлуку лежао је у чињеници да је Мачек био најпопуларнији хрватски политичар, а ХСС покрет који је масовно окупљао сеоско становништво.[22] Ипак, Мачек је одбио да се стави на располагање

---

[19] I. Visković, 183.

[20] Р. Марковић, 50.

[21] У суштини, НДХ је настала као последица одређеног компромиса између Немачке и Италије. Тако је, на састанку у хотелу „Империјал" у Бечу, немачки министар Фон Рибентроп свом италијанском колеги грофу Ћану саопштио Хитлеров став: „(Njemačka je) zainteresirana samo za održavanje mira na tom prostoru kao i za uspostavljanje jednog poretka koji će mladoj hrvatskoj državi omogućiti proizvodnju na svim sektorima, što će u razmjeni dobara biti od koristi svim zemljama koje budu s njom prijateljski surađivale." Ivan Košutić, *Rađanje, život i umiranje jedne države – 49 mjeseci NDH*, Stručna i poslovna knjiga, Zagreb 1997, 71.

[22] На изборима одржаним 1938. године Мачекова листа под називом „Блок", коју су чиниле Сељачко-демократска коалиција у савезу са опозицијом у Србији

Немцима и постане доминантна фигура у новој држави будући да он у самој суштини свог политичког бића није био фашиста, штавише, изгледа да је Мачек веома добро знао шта је фашизам те се до 1941. године дистанцирао од такве политичке идеологије. Мачекова одлука пореметила је првобитне планове те је између немачке и италијанске стране договорено да се на чело нове државе поставе Анте Павелић и његова усташка организација, који су дотле уживали скромну подршку хрватског народа.[23] Тако је већ 10. априла и званично била проглашена НДХ с усташким покретом на њеном челу. Сама ратна дејства била су краткотрајна и без превеликих људских жртава, а првих дана по проглашењу НДХ скоро да није било неког значајнијег безвлашћа или масовнијег оружаног отпора. Нове власти су одмах преузеле институције Бановине Хрватске и у новим околностима наставиле рад, док је највећи број закона некадашње Југославије остао исти и све до краја постојања НДХ није се мењао.

Чиме се може објаснити овако једноставно формирање нове хрватске државе, без обзира на то што се на њеном челу није нашао Мачек већ Павелић? Најважнији разлог треба потражити у вишедеценијској жељи хрватског политичког вођства за остварењем идеје хрватске независности. Подршка коју је та идеја уживала била је супротно пропорционална подршци идеји заједничке државе југословенских народа. Ратне околности су идеју о хрватској независности учиниле могућом, чак брзо спроводљивом, те се у самом народу јавило уверење да ће се лако остварити вековне тежње Хрвата. Подршка коју је идеја о стварању сопствене државе у том тренутку уживала код хрватског вођства и народа представља основ из кога је нова усташка власт деривирала свој легитимитет. Такође, усташе су уживале војну подршку Немачке, институционалну подршку Католичке цркве[24] те, иницијално, и подршку најважнијих хрватских

(Удружена опозиција), на територији Хрватске освојила је око 80% свих гласова, упркос томе што је гласање било јавно. Ivo Goldstein, *Hrvatska povjest*, Novi Liber, Zagreb 2013, 296.

[23] „Усташки покрет, који је од фашистичких водећих сила Немачке и Италије после насилног распада Краљевине Југославије у априлу 1941. добио овлашћења да влада, пре тога је представљао политички безначајну појаву.“ Ладислаус Хори, Мартин Бросцат, *Усташка држава Хрватска*, DBR International Publishing, Београд 1994, 13.

[24] На пример, у листу *Католички тједник*, који је излазио у Сарајеву под надзором надбискупа Шарића, у броју од 11. маја 1941. године пише: „Над нашом новом, младом и слободном Хрватском указао се на небу знак као слика девичанске мајке божје. Девица долази у посету Хрватској. Она жели да у своју мајчинску одећу увије младу поново рођену Хрватску, управо о хиљадугодишњем јубилеју католицизма у Хрватској. Она се спушта поново на заставу наше слободе, да би на њој заузела своје старо место... Хрватска Господа и Марије из древних времена је васкрсла...“ Нав. према Васа Казимировић, *НДХ у светлу немачких докумената и дневника Глеза фон Хорстенау 1941–1944*, Нова књига, Народна књига, Београд 1987, 109–110.

политичких чинилаца.[25] То су, дакле, била три стуба на које је била ослоњена усташка власт новоформиране Независне Државе Хрватске.

Намеће се питање како проценити карактер те творевине настале распарчавањем Југославије од окупатора, да ли је реч о држави или пак о неком другом ентитету. У послератној југословенској литератури, на питање о државности НДХ могуће је пронаћи само један одговор – НДХ није била држава. Јединствен став домаћих аутора вероватно је био диригован и извесним разлозима тадашње државне политике, мада су аргументи којима су историчари и правници подупирали своју тврдњу мање или више различити.[26] И данас постоје признати аутори који оспоравају државност НДХ,[27] али, као и у ранијој литератури, изостаје адекватан или снажније аргументован одговор на питање шта је НДХ била, ако није била држава. Истина, правничка логика као да одбија идеју о НДХ као држави, што није необично, јер је по многим својим својствима НДХ представљала управо поништавање разлога или сврхе државе. Ако се по страни оставе либералнодемократска начела којима се данас декларишу многе државе, а која се заиста остварују само у некима од њих, проблем државности НДХ може се сагледати на основу елемената које држава треба да поседује да би се уопште могло говорити о држави, а то су територија, становништво и државна власт.[28] Како је у

[25] Иако је одбио да учествује у немачким плановима за Хрватску, Мачек је издао следећи проглас: „Hrvatski narode! Pukovnik Slavko Kvaternik, vođa nacijonalističkog pokreta u zemlji, proglasio je danas slobodnu i nezavisnu hrvatsku državu na cjelokupnom historijskom i etnografskom području Hrvatske, te je preuzeo vlast. Pozivam sav hrvatski narod, pozivam sve pristaše HSS, koji su na upravnim položajima, te sve kotarske odbornike, itd. da iskreno surađuju sa novom vladom." Нав. према Rudolf Horvat, *Hrvatska na mučilištu*, Kulturno-historijsko društvo „Hrvatski rodoljub", Zagreb 1942, 625.

[26] Истицане су четири основне тезе којима се оспоравала државност НДХ, теза о 1) злочину, 2) противправности, 3) протекторату и 4) отпору. Танасије Маринковић, „*Такозвана* Независна Држава Хрватска", *Правни поредак Независне Државе Хрватске* (ур. Борис Беговић, Зоран Мирковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 78–81.

[27] На пример, ту тезу заступа један од најпроминентнијих хрватских историчара Иво Голдштајн. Вид. Ivo Goldstein, *Uspon i pad NDH*, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2011, 2, и *Istorija Hrvatske 1918–2008*, EPH Liber, Zagreb 2008, 215–224.

[28] Аутори који се баве међународним правом подразумевају и четврти елемент државности – способност да се ступа у односе с другим државама. Вид. Ивана Крстић, Милош Јовановић, „Међународноправни статус Независне Државе Хрватске", *Правни поредак Независне Државе Хрватске* (ур. Борис Беговић, Зоран Мирковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 195 и даље. Tomislav Jonjić, „Pitanje državnosti Nezavisne Države Hrvatske", *Časopis za savremenu povijest* 3/2011, 667−698.

најновијој литератури оспорено раније схватање да НДХ није била држава и убедљиво доказано да су постојала сва три елемента државе, пре свих државна власт, која је ефективно деловала као највиша политичка власт у периоду од 1941. до 1943. године, на овом месту се због ограничења ти аргументи неће понављати. Довољно је истаћи размере злочина које је усташка власт починила у прве две године свог постојања са циљем стварања етнички чисте државе. За спровођење тог пројекта организован је систем логора смрти и посебан железнички транспорт, а и значајан део државног апарата био је усмерен ка његовом остварењу, што је подразумевало и формирање посебних државних органа, те је, генерално посматрано, усташки режим био ефикасан у мери која доказује монопол физичке силе као неопходни услов за постојање државне власти.

4. НАЈВАЖНИЈИ АКТИ УСТАВНОГ КАРАКТЕРА У НДХ

Ако се појам устава у материјалном смислу сасвим сузи и сведе на организацију државне власти, онда се питање постојања устава помера ка питању државности јер „[н]ије било и нема државе у свету која није имала и нема устав у материјалном смислу“.[29] С друге стране, НДХ није имала устав у формалном смислу, али то не значи да у НДХ нису постојали писани документи и прописи који су у материјалном смислу били од уставног значаја. Према мишљењу проф. Еугена Сладовића, ректора Високе економске школе у Загребу и водећег режимског стручњака за државно право, НДХ је имала некодификовани устав који се састојао од неколико писаних докумената који су чинили: „усташки Статут [Устав Усташе] и усташка ‘Основна начела’, чија је правоснажност пре 10. априла 1941. обавезивала само чланове усташког ослободилачког покрета, после тога ‘су добила свеопште обавезујуће уставно значење’ и ваљало их је сматрати ‘основним начелима уставног карактера сличним програму Националсоцијалистичке немачке партије рада’ у Немачкој. С обзиром на то да су се многобројни закони у НДХ позивали на ова начела, нормативно важење програмских принципа у усташкој држави било је у пракси још снажније наглашено него у Хитлеровој држави“.[30] Дакле, некодификовани устав НДХ састојао се од: 1) Устава хрватске револуционарне организације „Усташе“, донетог у Загребу 1929; 2) Начела Хрватског усташког покрета из 1933, са Павелићевом редакцијом од 16. априла 1941. године; 3) већег броја доцније донетих закона уставног значаја.

[29] Р. Марковић, 18.

[30] Л. Хори, М. Бросцат, 116.

По својој природи, Устав Усташе и Начела усташког покрета представљају кратке декларације, у идеолошком смислу прилично неоригиналне.[31] У тим обимом малим документима, нису прецизно дефинисани систем владавине, ни нови друштвено-политички поредак, ни права и дужности држављана. У њима су пре свега били набројани основи и вредности на којима је почивала усташка револуционарна организација, но по оснивању НДХ, добили су снагу устава. Као таква, она су за време трајања усташке државе, према прилици и потребама, била подложна свакојаким тумачењима, али су баш због тога „била погодна за изражавање привидне легитимности диктаторске самовоље“.[32] Но, без обзира на њихов магловит и уопштен карактер, у тим документима су постављени темељи уставне дефиниције НДХ, њена „лична карта“.

НДХ је дефинисана као држава хрватског народа у етничком смислу,[33] на целокупном његовом историјском простору.[34] У Начелима је истакнут хришћански, расистички[35] и корпоративни карактер НДХ. Унеколико су ограничени права на приватну својину, слободно тржиште и слободу рада.[36] Према уставној концепцији НДХ, појединци нису располагали посебним правима и слободама већ, супротно, само дужностима према народу и држави, док је, с дру-

[31] Доступно на *https://hr.wikisource.org/wiki/Ustav_hrvatske_revolucionarne_organizacije_"Ustaše"* и *https://hr.wikisource.org/wiki/Načela_Hrvatskog_ustaškog_pokreta*, 31. јануар 2019.

[32] *Ibid*., 117.

[33] „Hrvatski narod jest samosvojna narodna (etnička) jedinica. On je narod sam po sebi, te u narodnosnom smislu nije istovjetan ni s jednim drugim narodom, niti je dio ili pleme bilo kojega drugoga naroda“ (тачка I Начела). „Seljaštvo je temelj i izvor svakoga života, ono samo po sebi i sačinjava hrvatski narod, te je kao takovo nosilac i vršilac svake državne vlasti u Hrvatskoj Državi. I kraj toga svi staleži hrvatskoga naroda sačinjavaju jednu narodnu cjelinu, budući i ostali staleži u hrvatskom narodu, kojih su članovi pripadnici hrvatske krvi, imaju ne samo svoj korijen i podrijetlo, nego i trajnu obiteljsku vezu sa selom. Tko u Hrvatskoj ne potječe iz seljačke obitelji, taj u 90 slučajeva od stotine nije hrvatskoga podrijetla, ni krvi, već je doseljeni stranac“ (тачка XII Начела).

[34] „Zemlja, koju je u pradavno doba hrvatski narod zaposjeo, te koja je postala njegovom domovinom, prostire se na više pokrajina, koje su posebna pokrajinska imena imale dijelom još prije dolaska Hrvata, a druga su pokrajinska imena nastala poslije, nu sve te pokrajine sačinjavaju jednu jedinstvenu domovinu Hrvatsku, te nitko nema prava, da bilo koju od tih pokrajina svojata za sebe“ (тачка IV Начела).

„Ustaša, hrvatski oslobodilački pokret, ima zadaću, da svim sredstvima, pa i oružanim ustankom, oslobodi ispod tuđinskog jarma Hrvatsku, da ona postane potpuno samostalna država na cijelom svom narodnom i povijesnom području“ (тачка I Устава Усташе).

[35] „U hrvatskim narodnim i državnim poslovima u samostalnoj i Nezavisnoj Državi Hrvatskoj ne smije odlučivati nitko, tko nije po koljenima i po krvi član hrvatskoga naroda[.]“ (тачка XI Начела).

[36] Л. Хори, М. Бросцат, 137–139.

ге стране, држава појединцима осигуравала право на живот, и то на основу испуњења њихових дужности.[37] На темељу Устава Усташе, као носилац највише политичке власти одређен је поглавник – вођа усташког покрета, око чијег је апсолутног политичког ауторитета даље изграђена усташка државна организација.

5. ДРЖАВНА ОРГАНИЗАЦИЈА НДХ

Када су пропали немачки планови да се на чело нове хрватске државе поставе Мачек и његова ХСС, Силе осовине су се споразумеле да Павелић и усташки покрет преузму управљање земљом.[38] Одмах пошто је усташки режим инсталиран, службеници управних органа Бановине Хрватске, првенствено због Мачековог позива, лако су прихватили нови режим.[39] На основу споразума Цветковић–Мачек, склопљеног тек неколико дана пред почетак Другог светског рата, у надлежност бановинске власти пренети су послови: пољопривреде, трговине и индустрије, шуме и рудника, грађевина, социјалне политике, народног образовања, физичког васпитања, правде, просвете и унутрашње управе, док су раније надлежности бановинске власти остале. Иако споразум није до краја спроведен, у Хрватској су већ били солидно развијени управни и судски апарат и као такви су се нашли под контролом усташке власти.

Пошто је издао нову редакцију Начела, Павелић се као вођа хрватске државе заклео над њима и тиме им дао „ранг највишег државног закона, то јест, устава".[40] Али то су ипак била Начела усташког покрета, која суштински нису изражавала потребан квантум основних заједничких вредности у хрватском друштву, баш као што ни Павелић није био вођа Хрвата, већ је то био Мачек. Како је већ наглашено, да би устав могао да буде делотворан, он треба да буде пресек главних политика и интереса једног друштва и државе. Због тога су усташе, одмах по преузимању власти, почеле да организују извршну власт према фашистичком моделу, будући да

[37] „Temelj svake vrijednosti jest samo rad, a temelj svakog prava jest dužnost. Stoga u Hrvatskoj Državi rad označuje stupanj vrijednosti svakoga pojedinca i ima predstavljati temelj cjelokupnoga narodnog blagostanja. Nitko ne može imati nikakvih posebnih prava, nego samo dužnosti prema narodu i državi, koje jedino daju svakome pravo na osigurani život" (тачка XIV Начела).

[38] Разуме се да је то имало своју цену јер је Павелић, пре постављења, званично обећао италијанској страни да ће задовољити њене територијалне и економске интересе у Хрватској, о чему хрватска јавност ништа није знала.

[39] Sabrina P. Ramet, *Tri Jugoslavije – izgradnja države i izazov legitimacije*, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb 2009, 163.

[40] Л. Хори, М. Бросцат, 116.

вредности усташког покрета нису изражавале и претежне вредности хрватског друштва те су морале бити наметнуте.[41]

До појаве дуализма власти дошло је већ првих дана формирања НДХ, будући да су се у многим местима представници усташког покрета наметнули као врховна власт.[42] Такође, у Загребу су у многим сферама јавног живота осниване паралелне усташке службе с циљем ефикасније организације извршне власти према немачком и италијанском узору. У ту сврху, Павелић је 29. априла 1941. године издао *Zakonsku odredbu o uskladbi rada ustaške organizacije s državnim vlastima* којом је било предвиђено да се „sve zakonske odredbe i naredbe nadležnih ministarstava izvršuju i provađaju u potpunoj saglasnosti sa slovom i duhom ustaških načela, te u skladu s narodnom i državnom politikom, izraženom u tim načelima" и да „nadzorni organ ustaškog pokreta imaju dužnost svaku neurednost ili štetnost u izvršavanju državne vlasti odmah javiti glavnom ustaškom stanu i nadležnom ministarstvu, a tek u najhitnijim i neodgodivim slučajevima, u kojima bi mogla nastati nenaknadiva šteta za hrvatski narod i za hrvatsku državu... mogu i sami izravno poduzeti potrebne korake".[43] Због великог обима тог подухвата и кадровске слабости усташке организације, државној управи је претила опасност од потпуне анархије, те је сам Павелић „увидео да мора, у интересу учвршћења власти, успорити тај развој".[44] До успорења је привремено и дошло, али процес никада није прекидан, што је довело до супрематије усташке организације у односу на државне институције.

---

41 Такво наметање сликовито је представљено у тексту програмског карактера објављеном у листу *Ustaša*: „U ustaškoj državi, koju su stvorili Poglavnik i njegove ustaše, mora se ustaški misliti, ustaški govoriti i što je najglavnije – ustaški raditi. Jednom rečju, čitav život u NDH mora biti ustaški." Нав. према I. Goldstein (2008), 216.

42 Павелић овако објашњава преузимање управе од усташа: „Takvo je stanje [misli se na stanje uprave u Banovini Hrvatskoj] našla oslobođena Hrvatska Država u trenutku svoje obnove, u mjesecu travnju 1941. godine. Od 150 kotara, više-manje polovina, ostala je bez ikakvih činovnika, jer oni koji su došli iz Srbije ili iz drugih krajeva, koji nisu bili dio Hrvatske, napustili su svoja mjesta i udaljili se. U onim kotarima, u kojima, u kojima su još ostali činovnici, bili su to tako ne vrijedne vrste, što je i razumljivo, jer je za vrijeme kraljevske i protuhrvatske diktature ni jedan Hrvat vrijedan i savjestan nije mogao niti htio služiti tom nedostojnom i brutalnom režimu. Oni koji su ostali u službi nisu imali nikakvog autoriteta, niti su uživali i najmanjeg ugleda u narodu. Da bismo uspostavili kakvu-takvu upravu i stavili u pokret tu životnu funkciju svake države, trebalo je nadljudskog truda i napora, što je u prvo vrijeme zaokupljalo svu djelatnost ministra unutarnjih poslova, nego velikim dijelom i moju, jer je trebalo što pre normalizirati javni život. To nije bilo moguće postići, ako ne bi uprava bila povjerena u ruke sposobnih i poštenih ljudi." Ante Pavelić, *Doživljaji – kako sam osnovao Nezavisnu Državu Hrvatsku*, Despot Infinitus, Zagreb 2015, 135–136.

43 Нав. према Л. Хори, М. Бросцат, 102.

44 *Ibid*.

Почетком јуна 1941. године, административно-управна подела је делимично трансформисана у односу на бановински период. Законском уредбом од 10. јуна целокупно подручје НДХ било је подељено на 22 велике жупе, на чијем челу су се налазили велики жупани, који су водили целокупну цивилну управу, а именовао их је поглавник. Павелић је и кумовао називима жупа, бирајући историјска имена из периода средњовековне Хрватске, чиме је желео да потврди континуитет НДХ са старохрватском државом.[45] Истом законском одредбом, у склопу великих жупа предвиђено је оснивање 141 котара и 1006 месних општина. Осим месних општина, основана и 31 градска општина.[46] Град Загреб, са статусом главног града, изузет је из подручја велике жупе и подређен је непосредно Влади НДХ. Успостављање нове власти није текло глатко у свим деловима НДХ, поготово тамо где је национални састав становништва био мешовит. Такође, усташке власти нису уживале исту подршку својих савезника приликом организовања нове управе. На подручју где су биле распоређене немачке снаге успостављање је ишло релативно лако, пошто су немачки војни заповедници признавали усташку власт и пружали јој подршку, док су Италијани у својој зони вршили опструкције, што је изазвало „negodovanje i antiitalijansko raspoloženje žiteljstva ne samo u tim krajevima, nego i u cijeloj Hrvatskoj“.[47] За усташке власти ствар се значајно поправила после потписивања тзв. Римских уговора, када је успостављена демилитаризована зона у оквиру које су се постепено формирали нови управни органи, али Италијани никада нису престали да праве сметње.

Недуго након доношења законске одредбе којом је успостављен нови административно-управни систем, према поглавниковој одредби од 24. јуна 1941. године, целокупна делатност усташког покрета била је подељена на три гране: 1) Политичко-организациона грана, 2) Усташка војница и 3) Усташка надзорна служба.[48] У оквиру прве гране, у свакој великој жупи требало је да буде успостављен усташки стожер са стожерником на челу. Њему су били подређени усташки логори, у сваком котару жупе, на чијем челу је био логорник, док су њима, на нивоу општина, били подређени усташки табори на челу с таборником. На најнижем нивоу налазили су се усташкиројеви сројником на челу, који су били организовани у појединим селима. Усташка војница чинила је другу грану усташке

[45] I. Goldstein (2008), 214.

[46] *Ibid*. Хрватски историчар Хрвоје Матковић износи други податак и каже да је формирано 978 општина. *Povijest Nezavisne Države Hrvatske*, digitalno izdanje (доступно на *https://hrcak.srce.hr/110863*, 31. јануар 2019), Zagreb 2002, 34.

[47] *Ibid.*

[48] *Ibid*.

организације, на чијем челу се налазио Главни стожер, чији је заповедник био непосредно потчињен поглавнику, који је био заповедник свих усташких војних снага. Усташка војница је била организована према моделу који је већ био примењен у Немачкој и Италији. Коначно, Усташка надзорна служба имала је задатак да контролише целокупан рад свих других усташких органа и њихових службеника, с акцентом на сузбијање рада који би „išao na štetu hrvatske državne nezavisnosti. Tako široko formulisani zadaci UNS-a u praksi su vodili njegovu nametanju svim ostalim dijelovima ustaškog pokreta i organima vlasti, što je izazvalo negodovanje u redovima ustaških dužnosnika izvan UNS-a“.[49] Надзорна служба је по свим својим битним карактеристикама и положају у усташком покрету личила на СС у Немачкој, те не чуди што је Еуген Дидо Кватерник, Павелићев човек од највишег поверења и њен први шеф, често називан усташким Химлером.[50]

Већ сам начин организовања политичко-организационе гране усташког покрета указује на потпуни паралелизам партијске и управне власти, по чему се усташки режим није разликовао од нацистичког режима у Немачкој или фашистичког у Италији. Свака административно-управна јединица имала је свој пандан у усташкој организацији и у реалности, партијски функционери су имали далеко већу моћ од носилаца управних функција. Заправо, није се радило само о надзирању рада управних органа, већ су усташки дужностници њима и дириговали, „[u]staški tabornici u općinama, logornici u kotarevima, stožernici u velikim župama, a ustaški vrh – posebno poglavnik – u državnoj vladi“.[51] Није потребно посебно наглашавати да је дуализам власти успостављен и у војним и полицијским снагама, као и у правосуђу.[52]

6. ОБЛИК ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ НДХ

Партијска организација је прогутала државну, што је резултирало потпуном трансформацијом односа у држави. Суприматија партијске власти у односу на државну и положај поглавника унутар

49 *Ibid*., 36.

50 Детаљно у Марко Давинић, „Правно устројство и деловање војних и полицијских снага Независне Државе Хрватске“, *Правни поредак Независне Државе Хрватске* (ур. Борис Беговић, Зоран Мирковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 101–144. Вид. и Младен Цолић, *Такозвана Независна Држава Хрватска 1941*, Делта-Прес, Београд 1973, 269–283.

51 Х. Матковић.

52 Вид. Игор Вуковић, „Поредак злочина – кривично право Независне Државе Хрватске“, *Правни поредак Независне Државе Хрватске* (ур. Борис Беговић, Зоран Мирковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 145–183.

ње одредили су облик државне власти НДХ. Облик државне власти се иначе одређује као однос између легислативе и егзекутиве, али у НДХ он практично није постојао јер је сва државна власт прешла у руке егзекутиве на челу с поглавником. У његовим рукама налазила се комплетна законодавна власт, пошто је законе доносио у форми уредби које су се називале „законске одредбе“,[53] а сам поглавник је уживао и остала диктаторска овлашћења.

Иако је у НДХ постојао Хрватски државни сабор, он практично није имао никакву легислативну власт. Поглавник је уосталом сам одредио састав Сабора који су чинили народни заступници последњег Хрватског сабора из 1918. године, народни заступници изабрани на последњим општим изборима у Краљевини Југославији (ту групу су углавном чинили представници ХСС-а, међу којима је извршен одабир), оснивачи и доживотни чланови ХСС-а, чланови Већа бивше Хрватске странке права изабрани 1919. године, доглавници, поглавни побочници и повереници Главног усташког стана Хрватског усташког ослободилачког покрета и два представника немачке мањине. Састав Хрватског државног сабора на првом заседању, одржаном од 23. до 28. фебруара 1942. године, чинило је укупно њих 217. Сабор се састао још само два пута (у априлу и децембру 1942. године) и, упркос Павелићевој најави да ће приступити изради законске одредбе о новом Сабору, до краја постојања НДХ није више сазиван.[54] Једина вредна помена јесте одлука Сабора донета на првом заседању о ништавости свих прописа донетих од 1. децембра 1918. до 10. априла 1941. године који се односе на хрватски народ, но та одлука је имала карактер предлога да би јој тек Павелић својим потврђивањем дао законску снагу.

Павелић је сам одредио и састав прве владе, који су чиниле две групе министара. Прву групу бројали су, Павелићу милији, усташе емигранти, а другу усташе из земље. Осим усташа, у влади су место нашли и представници муслиманске мањине. Влада није функционисала као колегијално тело, будући да су сви министри били одговорни једино поглавнику, који је, на нивоу владе, самостално доносио одлуке. Таква његова позиција у оквиру легислативе и егзекутиве директно се одражавала и на државну организацију, односно њен облик. Иако је НДХ била подељена на жупе, као облике деконцентрације власти, реално је власт била потпуно концентрисана у Павелићевим рукама, пошто је он постављао велике жупане који

53 „Odredbe izdaje jedino Poglavnik Nezavisne Države Hrvatske. Odredbe jesu: 1. zakonske, koje imaju narav zakona; 2. obćenite, kojima se uređuju pitanja obće naravi, a koje nemaju narav zakona i 3. posebne, kojima se uređuju posebna (pojedina) pitanja, koja po zakonu rješava samo Poglavnik.“ *Narodne novine*, br. 160.

54 Х. Матковић, 36–37.

су му били директно одговорни.[55] Још важније, поглавников положај му је омогућио да донесе читав низ законских уредби уставног карактера, а овде ће бити поменуто само неколико најважнијих. На основу својих диктаторских овлашћења, следећи програмске циљеве свог покрета над чијим Начелима се заклео ступајући на дужност, Павелић је 30. априла 1941. донео три законске одредбе које су чиниле основ расног законодавства НДХ. То су биле: 1) Законска одредба о држављанству НДХ, 2) Законска одредба о расној припадности житеља НДХ и 3) Законска одредба о заштити аријевске крви и части хрватског народа.[56] Тим законским одредбама створен је оквир за спровођење плана стварања етнички чисте државе. Њима су целокупне категорије становништва стављене ван правне заштите, будући да нису ни чиниле уставни идентитет НДХ. Уз већи број доцније донетих законских одредаба, Срби, Јевреји, Роми и непоћудни Хрвати су до краја постојања НДХ били изложени сталном терору и стравичним злочинима. Такође, нужно је навести и *Zakonsku odredbu za obranu naroda i države* у којој стоји да: „1) Tko na bilo koji način povrijedi ili je povrijedio čast i životne interese hrvatskog naroda ili na bilo koji način ugrozi opstanak Nezavisne Države Hrvatske ili državne vlasti, pa makar djelo ostalo samo u pokušaju, čini se krivcem zločinstva veleizdaje; 2) Tko se učini krivcem zločina u točki 1. navedenog, ima ga slijediti kazna smrti." Том законском одредбом НДХ је уведена у перманентно ванредно стање, а њима је легализован и низ унапред планираних акција терора ради постизања политичких циљева, од којих је најважнији било формирање етнички чистог простора нове државе. Осим законских одредаба о вери, језику, својини итд. које су имале уставни значај, новим законима је, такође, консолидована усташка власт и постављени су њени носећи стубови које су чинили „милиција, армија, тајна полиција, специјални судови и више од двадесет концентрационих логора".[57]

На основу овог кратког историјског прегледа, могуће је оценити и природу државног режима НДХ. Сви релевантни аутори, рачунајући и оне који су делали у НДХ, слажу се да је усташки режим био неоапсолутистички. Тако Еуген Сладовић дефинише НДХ као „државу вође" у којој није постојала подела власти пошто се сва налазила у његовим рукама и додаје: „Поглавник, као вођа и шеф државе господар је државне управне власти, а истовремено и законо-

[55] Т. Маринковић, 101–102.

[56] Зоран Мирковић, „Расно законодавство у Независној Држави Хрватској", *Правни поредак Независне Државе Хрватске* (ур. Борис Беговић, Зоран Мирковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 47.

[57] Мари-Жанин Чалић, *Историја Југославије у 20. веку*, Клио, Београд 2013, 172.

давац на највишем месту, шеф владе, па тиме и господар државних установа. Он је затим вођа усташког покрета и врховни командант оружане силе."[58] Ипак, неоапсолутистички тип уставности није означавао тек само „повратак на стари режим (*l'ancien régime*) апсолутних монархија. То није више ауторитарна власт владара или цркве, већ социјетални цезаризам заснован на народној метафизици."[59] Као доказ те тезе довољно је поменути тзв. Римске уговоре којима се Павелић одрекао дела територије у корист Италије, што значи да је земљом располагао попут апсолутног монарха, као да је његов приватни посед. Такође, у НДХ, уосталом као и у фашистичкој Италији или нацистичкој Немачкој, устав су чинили некодификовани органски закони уставног карактера.[60] Такав ауторитарни тип уставности не заснива се на пристанку народа, односно потврди бирачког тела. Та врста легитимитета супституисана је метафизичким представама о узвишености вође и његовој историјској мисији. Посебну улогу у грађењу таквог култа личности одиграла је Католичка црква у Хрватској, која је све време трајања НДХ била њен поуздани ослонац. Штавише, Алојзије Степинац, загребачки надбискуп, лојалност некадашњој НДХ исказивао је и за време суђења за ратне злочине. У деструктивној симбиози усташке власти и католичког клера спровођена је идеја етнички чисте Хрватске.[61] Осим цркве, неговању култа личности знатно је доприносила и веома развијена усташка пропаганда.

Ипак, уз значајне сличности, усташки режим се у великој мери разликовао од фашистичког и нацистичког. На првом месту треба истаћи да Павелић, за разлику од Мусолинија или Хитлера, није поседовао истинску харизму нити је усташки покрет био нарочито развијен у хрватском друштву. Не може се спорити чињеница да је међу усташама Павелић уживао апсолутни ауторитет, али, без обзира на деловање католичког клера, подршку Немаца и средства пропаганде, у очима већине Хрвата ауторитет никада није изградио. Тако

[58] Нав. према Л. Хори, М. Бросцат, 121.

[59] Т. Маринковић, 101.

[60] Р. Марковић, 74.

[61] И у тој ствари НДХ се угледала на Немачку. Коначно решење јеврејског питања (*Endlösung der Judenfrage*) назив је нацистичког плана потпуног уништења Јевреја с тла Европе и представља последњу и најужаснију фазу Холокауста. До спровођења коначног решења већ је било убијено око милион Јевреја. На састанку у Ванзеу крај Берлина, одржаном 20. јануара 1942. године, постигнут је договор о оперативном спровођењу коначног решења. Том приликом први пут су се окупили службеници различитих ресора и високи партијски функционери Немачке, над којима је други човек СС-а Рајнхард Хајдрих успоставио свој ауторитет ради њихове координације, док је геноцид према Јеврејима уздигнут на сам врх листе државних приоритета. Вид. детаљније Alan Bullock, *Hitler: a Study in Tyranny*, Pelican, Harmondsworth 1971, 57.

је, супротно нацистичком режиму, усташки у значајном делу свог постојања деловао као недовољно снажан и друштвено неутемељен.[62] Сам усташки покрет је све време трајања НДХ показивао кадровске слабости, без обзира на чињеницу да је велики број људи приступио том покрету.[63] У поверљивом извештају Министарству спољних послова Немачке од 2. јула 1941. године стоји: „Ја познајем низ личности које је усташки покрет довео на више или мање значајне државне положаје, али које се, када се с њима говори у четири ока, у значајној мери дистанцирају од усташа. Реч је о опортунистима најчистијег кова који су потпуно равнодушни према револуционарном усташком начину размишљања... Поглавник хоће да уз помоћ строгих казнених санкција поново успостави јединство и дисциплинованост усташа. Оно што је неопходно јесте ширење и јаче укорењивање усташког покрета у народу. Тешко је рећи да ли је и у којој је мери успело данашњем режиму да већ продре у сељачке народне масе. А то што су при разним усташким објавама и саопштењима на пољанама, која се објављују сваке недеље, куће у селима окићене заставама и што је учествовање народа сразмерно велико, изгледа да мало шта доказује.“[64] Због тога се усташки режим налази негде између тоталитарног и тиранског. С једне стране, елементи тоталитаризма су јасно уочљиви, попут принципа вође, пропаганде, ексклузивне идеологије и терора над непријатељима државе. Али неразвијеност покрета, идеологија која се није укоренила у хрватском народу те честе слабости и недоследности у спровођењу предвиђених планова и акција указују на елементе некарактеристичне за тоталитарне државе, па би се усташки режим у једном свом делу могао оквалификовати и као тирански у смислу посебно бруталног начина владања тиранина и уске мањине која га подржава.

62 Интересантну анализу диктаторског система нацистичке Немачке и њеног устава дао је Карл Левенштајн још 1937. године, када се ништа није знало о будућем холокаусту и када је нацистичка Немачка уживала пун међународни легитимитет (довољно је само поменути одржавање Олимпијских игара у Берлину 1936. године). Левенштајн, користећи између осталог и социолошку анализу, закључује да диктаторски режими воде дестабилизацији система, али да је нацистички режим успео супротно, да консолидује власт на основу чињенице да немачки народ по свом духу тежи организацији и ефикасности, те да је нацистички устав успео да постигне измирење националних традиција са одржавањем равнотеже друштвених снага. Тај свемогући Левијатан (*the most omnipotent leviathan*), како га Левенштајн назива, највећи у модерном добу, успео је да изведе немогуће, да арбитрерност државне власти организује у форми закона. Ипак, закључује да устав који одбија основне људске вредности и у којем организација представља циљ по себи, можда и неће издржати тест времена. Будућност је показала да и није. Karl Lowenstein, „Dictatorship and the German Constitution: 1933–1937“, *University of Chicago Law Review* 4/1937, 573–574.

63 Голдштајн износи податак да је већ у мају 1941. године усташком покрету приступило 100.000 нових чланова. I. Goldstein (2013), 303.

64 Нав. према Л. Хори, М. Бросцат, 126–127.

Иницијални легитимитет који су Павелић и усташе на почетку своје владавине уживали топио се како је рат одмицао. Први значајан корак ка делегитимисању усташке власти и Павелића лично била је одговорност за одрицање од дела територије НДХ који је по свом историјском, културном и економском значају био изузетно важан за хрватски народ.[65] За хрватски национални осећај, поготово за Приморце и Далматинце, склапање Римских уговора представљало је „највеће разочарење и шок".[66] Иако је поглавник био овлашћен да територијом располаже, он је такође требало да испуни историјску мисију заокружења свих хрватских територија у једну државу.[67] Тек неколико месеци након формирања НДХ, која је била израз таквих тежњи, Павелић је потписивањем Римских уговора отпочео процес делегитимисања усташке власти који је окончан у наредне две године.[68]

Геноцидна политика коју су усташки органи спроводили према унутрашњем непријатељу изазвала је масовне побуне српског становништва. Како су побуне прерасле у пружање организованог отпора, који чак ни уз помоћ немачких и италијанских снага није могао да буде савладан, масе хрватског становништва су губиле поверење у способност усташа да воде земљу. Уосталом, због сасвим оправданог страха од освете, геноцидна политика никад није имала подршку међу сеоским становништвом. Када се томе дода економски крах који је НДХ доживела, као и чињеница да су Немачка и Италија убрзано губиле рат, легитимитет усташке власти нагло се крунио, па ни агресивна усташка пропаганда више није могла битно да успори тај процес.[69] Услед губитка легитимности, усташе нису

---

65 Радило се о релативно малој површини, свега око 5.400 квадратних километара, на којој је живело око 380.000 становника, од тога 280.000 Хрвата, 90.000 Срба и 5.000 Италијана, али су обалско подручје и острва имали огроман стратегијски и привредни значај. Вид. Л. Хори, М. Бросцат, 101.

66 I. Goldstain (2013), 305–306.

67 Међу многим Хрватима, Павелићев режим је сматран одговорним за губитак Далмације и то зато што је на рачун националних интереса извршен велики уступак Италији, која је усташама годинама пре тога пружала заштиту. Немачки опуномоћени генерал за НДХ Глез фон Хорстенау је том приликом забележио: „Јуче увече објављени Римски споразуми деловали су као шамар у целој Хрватској... Влада која ионако није чврсто утемељена у јавности још је више изгубила ослонац." Нав. према Л. Хори, М. Бросцат, 102.

68 „Ако би се због одређених развојних фаза изгубило уверење да је режим стварно способан и вољан да хрватску државу очува као самосталну суверену творевину, тек онда би се, данас присутна индиферентност широких народних слојева могла претворити у активан отпор режиму." Поверљиви извештај Министарству спољних послова Немачке упућен од Обавештајног одељења у Загребу од 2. јула 1941. Нав. према *ibid*., 127.

69 „Усташки покрет је, складно захтевима идеологије и политике фашизма, имао своје харизматске ентитете, свога поглавника и ауторитарну државу. Али, у

могле да спроводе своју државну политику, будући да ефикасност спровођења одлука непосредно зависи од односа становништва према државној власти. Убрзан губитак легитимитета на усташкој страни довео је до преузимања највише извршне власти од органа СС-а. У ту сврху је, 5. маја 1943. године, сам Химлер дошао у Загреб да би са Павелићем уредио да немачки полицијски опуномоћеник Камерхофер (Konstantin Kammerhofer) добије готово неограничену полицијску власт у НДХ, док је формирањем мешовитих немачко-хрватских јединица и жандармеријских станица велики део државне егзекутиве стављен под контролу есесоваца. За Хитлера је од 1943. године Павелићев режим вредео само онолико колико је могао да помогне у борби против немачких непријатеља и зато „историја усташке државе губи са 1943. годином скоро у потпуности свој стварни предмет. Оно што је од тада па до краја рата одређивало збивања на хрватској позорници могло се само још најнезнатнијим делом повезати са делотворношћу НДХ. [...] Набујалом партизанском снагом и растућом самовољом немачких војних, полицијских и политичких органа и разних ванредних опуномоћеника, хрватски суверенитет је мрвљен у све ситније делове.“[70] Губитком монопола физичке силе као неопходног услова постојања државне власти, од друге половине 1943. године, нарочито од капитулације Италије, о усташкој власти као државној, односно о НДХ као о држави, не може се више ни условно говорити.

7. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

На самом крају ове анализе треба потврдити тезу истакнуту на почетку текста – да је НДХ имала тзв. меки, некодификовани устав. Но претходно би ваљало ближе изоштрити појам устава у светлу наведених историјских чињеница.

Прво, у свом уобичајеном, жаришном значењу, појам устава означава идеју о дефинисању и ограничавању државне власти како би права појединаца била заштићена. Та идеја се најбоље описује политичким одређењем устава који означава владавину права, уместо владавине човека, јер искључује личну вољу владајућих као највишу и претпоставља апстрактну вољу објективног права. По-

бити тај покрет никада није имао ширих социјалних ослонаца у хрватском народу. [...] У целокупној пропагандној делатности усташког покрета средишње место заузима сам покрет, његова организација, држава и вођа, а о човеку се као и у другим тоталитарним системима, говори само онда када човека треба свести на функцију или број и укључити га у механизам покрета.“ Никола Поповић, *Идеологија фашизма у језику усташке пропаганде*, Војноиздавачки и новински центар, Београд 1989, 179–180.

[70] Л. Хори, М. Бросцат, 238.

литички појам устава подразумева поделу власти те рационалан метод уставних промена, као и признавање и заштиту слобода и права појединаца. Због тога се у НДХ не може говорити о уставу у политичком смислу, будући да је владавина права била супституисана владавином једог човека, док је идеја о подели власти и заштити основних права и слобода појединаца била претворена у потпуну супротност. Ипак, постоје примери аутократских држава у којима донекле постоји подела власти и у којима се делимично гарантују основна права и слободе појединаца. Такав пример је СФРЈ, па не чуди што су домаћи аутори из области права у оно време уже одређивали појам устава, за разлику од својих колега из либералнодемократских држава. Како је већ истакнуто, Лукић и Јовичић у својим дефиницијама устава изостављају заштиту права и слобода појединаца. Ако би сви аутократски пореци били само на периферији појма, у смислу да делимично предвиђају поделу власти и заштиту основних права и слобода, условно би се могло рећи да имају устав у политичком смислу. Али најтврђи аутократски системи, какав је био и усташки, по самој својој природи представљају поништење основне идеје устава и регресирају, вредносно посматрано, на предуставно стање, па се зато с разлогом означавају као неоапсолутистички. Како је устав једна од највреднијих цивилизацијских тековина настала управо као израз борбе против апсолутизма, једним појмом би логички било немогуће обухватити две супротности. Због тога би у правној науци ваљало извршити прецизније појмовно разликовање у смислу да само државе у којима су гарантоване основне људске слободе и права и у којима се она делотворно штите имају устав у уобичајеном, жаришном значењу. Државе у којима се систематски крше основна права у том погледу немају устав већ само у погледу организације и ефикасности државне власти. Ако би се разликовање између демократских и аутократских држава занемарило, онда би се могао поставити знак једнакости између ефикасне државне власти и устава у материјалном смислу, што научно не би било оправдано, будући да би тада из појма материјалног устава морала бити исисана његова суштина, то јест идеја о ограничавању државне власти са циљем заштите права појединаца.

Друго, ради правилног разумевања меког, некодификованог устава НДХ, неопходно је указати на социјалне чињенице које представљају критеријум важења одређеног устава. У ту сврху биће искоришћен Хартов (Hart) појам „правила признања“ (*rule of recognition*), које представља фундаментално правило које садржи критеријуме за идентификовање свих осталих правила правног система – оно је друштвено, највише и крајње правило које утврђује услове важења свих других правила. Харт каже да правило признања „постоји само као сложена, али нормално усаглашена *пракса* судова, званичника и приватних лица у идентификовању права, упућивањем

на извесне критеријуме".[71] Другим речима, правило признања одређује критеријуме помоћу којих је могуће одредити да ли је неко правило правно, а тиме и део правног система.[72] Само правило признања разликује се од друштва до друштва и може имати различите облике. У некој једноставној заједници, где је једини државни „орган" старешина те заједнице који у свом заповедању није ограничен никаквим писаним или неписаним правилима или обичајима, правило признања тог поретка било би да је право све оно што нареди старешина заједнице. Данас, у модерним правним системима, „критеријум за идентификовање (права) разгранат је и обично укључује писани устав, чињеницу да је правило донето у форми законодавног акта или судских преседената".[73] Ако се занемаре бројна питања која утичу на одређивање правности неког поретка и ако се она сведе само на ефикасност државне власти, правило признања у НДХ би могло да се формулише на следећи начин: „Закон је све оно што нареди поглавник." Иако су у НДХ постојали одређени акти уставноправног карактера (Статут Усташе и Начела усташког покрета) и закони уставног значаја, није постојала изграђена и доследна пракса њиховог тумачења и примене, штавише, били су чести случајеви колизије између проглашених правила и поглавникових усмених наредби. Заправо, број новодонетих закона је био толики да се ни највештији правник не би могао снаћи у тој џунгли разноразних, често супротстављених правила, а и сам поглавник је често различито тумачио најважнија уставна документа. С обзиром на стање односа у НДХ, конвенционални критеријум правности, којег су се званичници држали у свом свакодневном поступању, може се свести на поглавникову наредбу као једино поуздано мерило.

На основу тог мерила још једном би ваљало сагледати уставноправне основе НДХ. Статут Усташе и Начела усташког покрета, као два најважнија документа уставног значаја, без обзира на различита, често недоследна тумачења, у великој мери су оличавала основне циљеве државног режима који их је, уз повремена одступања, настојао испунити. Ако се у виду има одређење НДХ као етнички чисте државе и обим терора над нехрватским становништвом у прве две године постојања НДХ, закључује се да је усташка власт спроводила основне програмске циљеве све док је била у стању то да чини, то јест док је уживала монопол физичке силе.

Питање државне организације показује сав дуализам државне и партијске власти у НДХ и пружа добар пример партократске

[71] Херберт Харт, *Појам права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд 2013, 169.

[72] Миомир Матуловић, *Језик, право и морал – филозофија права Херберта Харта*, Издавачки центар Ријека, Ријека 1986, 124.

[73] Х. Харт, 160.

државе. Ипак, паралелна изградња државне и партијске организационе структуре у односу надређености и подређености није доследно извршена. Сем што однос између те две организације није прецизно изведен, у реалности је усташки покрет показивао неспособност, пре свега кадровску, да успостави ефикасан систем управе. Напрегнутости између партијске и државне организације нису решаване системским начином, на основу унапред прописаних правила, већ *ad hoc*, сходно тренутној ситуацији у одређеној жупи или котару. Напослетку, будући да је поглавник лично постављао велике жупане који су му, попут министара, били директно одговорни, хијерархијски односи између различитих органа, у крајњој линији су били сведени на лични углед и моћ коју је одређени функционер уживао у усташком покрету и код поглавника лично.

Када је у питању облик државне власти, речено је да је у НДХ власт била концентрисана у рукама поглавника. Начин на који ју је он вршио показује све главне елементе неоапсолутизма, а таква његова моћ произлазила је из легитимитета који је усташка власт иницијално уживала. Како се легитимитет власти НДХ временом крњио, тако се сужавала њена ефективна моћ. Разлог је лако објаснити – да би основне норме неког система биле делотворне, оне морају бити прихваћене, пре свих од најважнијих државних службеника, али и од других важних политичких и економских субјеката, као и од становника који под тим уставом живе. Пошто уставноправно одређење НДХ никада није представљало израз реалних друштвених снага и вредности нити је усташки покрет себи обезбедио неку ширу подршку међу становништвом, временом, поготово од капитулације Италије, када је крај рата и пораз Немачке већ био сасвим известан, хрватски народ масовно прелази на партизанску страну, чиме усташка власт постаје неефикасна на највећем делу територије НДХ и до маја 1945. године ограничавала се на Загреб са околином. Тако су на неки начин ствари враћене на почетак, пре формирања НДХ. Павелић је позицију апсолутног господара у НДХ завредео као неприкосновени вођа усташког покрета којег су Немачка и Италија поставиле наместо Мачековог ХСС-а. Док је тај покрет уживао легитимитет код већине народа и док је, сходно томе, ефикасно вршио државну власт, положај поглавника у усташкој организацији пресликавао се на државни ниво. Губитком монопола силе усташке власти, поглавник је изгубио свој апсолутистички положај у НДХ, задржавши га само у партијској организацији, што ни потпуни ратни пораз ни пропаст усташке државе неће променити.

Коначно, карактер усташке уставности у хартовском смислу могуће је одредити као поредак једноставне, потпуно централизова-

не политичке заједнице у којој суштински постоји само један орган – поглавник, а одређивање састава и надлежности свих других државних (и партијских) органа у крајњој линији зависи искључиво од поглавникове воље. Његова воља се тако показује као једино поуздано мерило приликом покушаја да се идентификује одређено обавезујуће правило у флуидном систему формално важећих правила (нових и старих) и усмених наредби. Такав примитиван, рудиментаран устав, који не подразумева формалне уставне акте, процедуре за њихово доношење, мењање и укидање, као ни усаглашену праксу државних званичника који поступају на основу њих, своди се на ефикасност вршења власти, конкретно на спровођење поглавникове воље која има снагу закона. Ако се устав у материјалном смислу схвати најуже, дакле као делотворна организација државне власти, на питање да ли је НДХ имала устав одговор је јасан, НДХ је имала устав све док је постојала као држава, то јест све док је усташка власт уживала монопол физичке силе. Како је такав вид некодификованог, меког устава замислив само докле већина становништва изричито или прећутно прихвата апсолутистички поредак, губитком те подршке нестала је и усташка уставност.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Аристотел, *Устав атински*, Плато, Београд 1997. (Aristotel, *Ustav atinski*, Plato, Beograd 1997)

Bullock, A., *Hitler: A Study in Tyranny*, Pelican, Harmondsworth 1971.

Цолић, М., *Такозвана Независна Држава Хрватска 1941*, Делта-Прес, Београд 1973. (Colić, M., *Takozvana Nezavisna Država Hrvatska 1941*, Delta-Pres, Beograd 1973)

Чалић, М., *Историја Југославије у 20. веку*, Клио, Београд 2013. (Čalić, M., *Istorija Jugoslavije u 20. veku*, Klio, Beograd 2013)

Дајовић, Г., *Правна обавезност и важење права*, Службени гласник – Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008. (Dajović, G., *Pravna obaveznost i važenje prava*, Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2008)

Давинић, М., „Правно устројство и деловање војних и полицијских снага Независне Државе Хрватске“, *Правни поредак Независне Државе Хрватске* (ур. Б. Беговић, З. Мирковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017. (Davinić, M., „Pravno ustrojstvo i delovanje vojnih i policijskih snaga Nezavisne Države Hrvatske“, *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur.

B. Begović, Z. Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017)

Galligan, D., *Law in Modern Society*, Oxford University Press, Oxford 2006.

Goldstein, I., *Istorija Hrvatske 1918–2008*, EPH Liber, Zagreb 2008.

Goldstein, I., *Uspon i pad NDH*, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2011.

Goldstein, I., *Hrvatska povjest*, Novi Liber, Zagreb 2013.

Харт, Х., *Појам права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд 2013. (Hart, H., *Pojam prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2013)

Хори, Л., Бросцат, М., *Усташка држава Хрватска*, DBR International Publishing, Београд 1994. (Hori, L., Broscat, M., *Ustaška država Hrvatska*, DBR International Publishing, Beograd 1994)

Horvat, R., *Hrvatska na mučilištu*, Kulturno-historijsko društvo „Hrvatski rodoljub", Zagreb 1942.

Jonjić, T., „Pitanje državnosti Nezavisne Države Hrvatske", *Časopis za savremenu povijest* 3/2011.

Јовановић, С., *О држави – основи једне правне теорије*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1922. (Jovanović, S., *O državi – osnovi jedne pravne teorije*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1922)

Јовичић, М., *Закон и законитост*, Радничка штампа, Београд 1977. (Jovičić, M., *Zakon i zakonitost*, Radnička štampa, Beograd 1977)

Казимировић, В., *НДХ у светлу немачких докумената и дневника Глеза фон Хорстенау 1941–1944*, Нова књига, Народна књига, Београд 1987. (Kazimirović, V., *NDH u svetlu nemačkih dokumenata i dnevnika Gleza fon Horstenau 1941–1944*, Nova knjiga, Narodna knjiga, Beograd 1987)

Келзен, Х., *Чиста теорија права*, Гутенбергова штампарија, Београд 2000[2]. (Kelzen, H., *Čista teorija prava*, Gutenbergova štamparija, Beograd 2000[2])

Киш, Д., *Homo poeticus*, Глобус, Загреб 1983. (Kiš, D., *Homo poeticus*, Globus, Zagreb 1983)

Košutić, I., *Rađanje, život i umiranje jedne države – 49 mjeseci NDH*, Stručna i poslovna knjiga, Zagreb 1997.

Крстић, И., Јовановић, М., „Међународноправни статус Независне Државе Хрватске", *Правни поредак Независне Државе Хрватске* (ур. Б. Беговић, З. Мирковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017. (Krstić, I., Jovanović, M.,

„Međunarodnopravni status Nezavisne Države Hrvatske“, *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. B. Begović, Z. Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017)

Lowenstein, K., „Dictatorship and the German Constitution: 1933–1937“, *University of Chicago Law Review* 4/1937.

Лукић, Р., *Теорија државе и права*, Савремена администрација, Београд 1987. (Lukić, R., *Teorija države i prava*, Savremena administracija, Beograd 1987)

Лукић, Р., Кошутић, Б., *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Службени гласник, Београд 2007. (Lukić, R., Košutić, B., *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Službeni glasnik, Beograd 2007)

Маринковић, Т., „*Такозвана* Независна Држава Хрватска“, *Правни поредак Независне Државе Хрватске* (ур. Б. Беговић, З. Мирковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017. (Marinković, T., „*Takozvana* Nezavisna Država Hrvatska“, *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. B. Begović, Z. Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017)

Марковић, Р., *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018. (Marković, R., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018)

Matković, H., *Povijest Nezavisne Države Hrvatske*, digitalno izdanje, Zagreb 2002, *https://hrcak.srce.hr/110863*, 31. јануар 2019.

Матуловић, М., *Језик, право и морал – филозофија права Херберта Харта*, Издавачки центар Ријека, Ријека 1986. (Matulović, M., *Jezik, pravo i moral – filozofija prava Herberta Harta*, Izdavački centar Rijeka, Rijeka 1986)

Мирковић, З., „Расно законодавство у Независној Држави Хрватској“, *Правни поредак Независне Државе Хрватске* (ур. Б. Беговић, З. Мирковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017. (Mirković, Z., „Rasno zakonodavstvo u Nezavisnoj Državi Hrvatskoj“, *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. B. Begović, Z. Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017)

Митровић, Д., *Теорија државе и права*, Досије студио, Београд 2010. (Mitrović, D., *Teorija države i prava*, Dosije studio, Beograd 2010)

Митровић, Д., *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014. (Mitrović, D., *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014)

Pavelić, A., *Doživljaji – kako sam osnovao Nezavisnu Državu Hrvatsku*, Despot Infinitus, Zagreb 2015.

Поповић, Н., *Идеологија фашизма у језику усташке пропаганде*, Војноиздавачки и новински центар, Београд 1989. (Popović, N., *Ideologija fašizma u jeziku ustaške propagande*, Vojnoizdavački i novinski centar, Beograd 1989)

Ramet, S., *Tri Jugoslavije – izgradnja države i izazov legitimacije*, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb 2009.

Васић, Р., Јовановић, М., Дајовић, Г., *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014. (Vasić, R., Jovanović, M., Dajović, G., *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014)

Visković, N., *Teorija države i prava*, Birotehnika CDO, Zagreb 2001.

Вуковић, И., „Поредак злочина – кривично право Независне Државе Хрватске“, *Правни поредак Независне Државе Хрватске* (ур. Б. Беговић, З. Мирковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017. (Vuković, I., „Poredak zločina – krivično pravo Nezavisne Države Hrvatske“, *Pravni poredak Nezavisne Države Hrvatske* (ur. B. Begović, Z. Mirković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017)

Miloš Zdravković, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF THE INDEPENDENT STATE OF CROATIA

Summary

When the Independent State of Croatia (NDH) was formed, in the head of that state came so-called the Ustashe movement. The paper shows that in the period from 1941 until 1943 the NDH had required elements of statehood. The organization of the state authorities was made according to the model of the Ustashe organization with the title Poglavnik (Leader) in the head of the state who had all the dictatorial powers. The efficiency of the state authorities, but also necessary support of the enough number of population proves that the NDH had a constitution in its material sense, although the constitution was never brought. The foundations of the

functioning of NDH were determined by uncodified constitution which was made of: The Ustashe Constitution (1929), The Principles of the Ustashe Movement (1933) and certain legislations of the constitutional significance which were adopted after the NDH was formed.

Key words: *The Independent State of Croatia. – Constitution. – Organization of authorities. – Legitimacy.*

Article history:
Received: 31. 1. 2019.
Accepted: 15. 3. 2019.

УДК 347.72.031(497.11)

CERIF: S144, S155

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901147L

Др Јелена Лепетић*

ДОДАТНИ ГЛАСОВИ КАО НАГРАДА ЛОЈАЛНИМ АКЦИОНАРИМА: ПРЕДЛОГ ЗА РЕФОРМУ

Аутор у овом раду анализира награђивање акционара гласовима за лојалност. У раду се акције за лојалност дефинишу у ужем и у ширем смислу. Посебно је разматрано значење појма лојалности, будући да је реч о услову за награђивање акционара. Имајући у виду решења репрезентативних правних система, аутор даје предлоге за реформу домаћег права. Конкретно, залаже се за увођење могућности награђивања лојалних акционара гласовима за лојалност. На крају, аутор указује на то да, осим уношења одредбе која се односи на награђивање акционара у закон којим су регулисана привредна друштва, треба променити и релевантне одредбе закона којим је регулисано тржиште капитала и закона којим се уређује преузимање акционарских друштава, да би реформа била успешна. Спровођење реформе би омогућило да се лојалност у компанијском праву не везује само са посебне дужности већ и за специјална права која акционар може да стекне као награду за лојалност друштву.

Кључне речи: *Акције за лојалност. – Лојални акционари. – Право гласа акционара.*

1. УВОД

О лојалности у компанијском праву може се говорити са више аспеката. Први је свакако обавеза лојалности, односно лојалност као посебна дужност коју у српском праву према привредном друштву имају одређене категорије чланова друштава и лица са управљачким функцијама. Реч је о правном трансплanту из англосаксонских прав-

* Ауторка је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *jelena.lepetic@ius.bg.ac.rs*.

них система који је у одређеној мери модификован. Увођењем посебних облика те дужности у наш правни систем, лојалност (верност) постала је уобичајени део компанијскоправне терминологије. Други аспект лојалности који је познат у упоредним компанијским правима не тиче се обавеза већ специјалних права која представљају награду лојалним члановима друштва, која им се додељује без обзира на разлике у висини капитал учешћа и фактичком утицају на управљање друштвом, као и степену посебних знања и вештина које акционари имају. Овај други аспект лојалности још увек није део нашег компанијског права. У том смислу, постоји неравнотежа будући да, с једне стране, закон намеће обавезу лојалности појединим акционарима, док, с друге стране, не оставља могућност награђивања лојалних акционара. Генерално гледано, награђивање лојалности доприноси смањену праксе празног гласања и давања акција у зајам, с обзиром на то да одлучивање прелази у руке активних акционара који су дугорочно заинтересовани за успех друштва као лица која сносе економски ризик.[1] С друге стране, мора се истаћи да је специјално право гласа лојалних акционара пример раздвајања управљачких (енг. *voting rights*) и економских права (енг. *cash-flow rights*) акционара јер доводи до раздвајања власништва од контроле.[2] Дакле, број гласова лојалних акционара не одговара висини економског ризика који сносе. Постоје и други аргументи против могућности да се дозволи награђивање лојалних акционара додатним гласовима, који се своде на аргументе против напуштања правила једна акција – један глас.

Да би се дао одговор на питање да ли треба омогућити награђивање лојалних акционара у домаћем праву, претходно треба дефинисати појам лојалности у контексту награђивања, односно који акционари се могу сматрати лојалним акционарима, што би их чинило подобним за награђивање. Одређење акционара као лојалних подразумева да се направи разлика између лојалних и осталих акционара који би се, стога, могли назвати „нелојални" акционари. Акционаре који не испуњавају услов да буду награђени ипак не треба називати „нелојалним", због негативног значења који тај термин има сам по себи, у смислу непоступања у складу са дужношћу лојалности, што није главни критеријум за награђивање. С друге стране, изрази награђивање лојалних акционара и акције за лојалност уобичајени су и препознатљиви у компанијскоправним оквирима. Због тога, треба задржати термин лојалност и у контексту награђивања акционара. У сваком случају, критеријум или критеријуми према којима се

[1] Andrea Sacco Ginevri, „The rise of long-term minority shareholders' rights in publicly held corporations and its effect on corporate governance", *European Business Organization Law Review* 12(4)/2011, 6 (број страна према електронској копији доступној на бази *Westlaw*).

[2] Lynne L. Dallas, Jordan M. Barry, „Long-Term Shareholders and Time-Phased Voting", *Delaware Journal of Corporate Law* 40/2016, 568.

акционари могу поделити на оне који испуњавају услов(е) да буду награђени (лојалне акционаре) и оне које у том тренутку није могуће наградити мора бити јасан и једноставно примењив. Такође, треба имати у виду да у упоредном праву постоје различити модалитети награђивања лојалних акционара и да сваки не мора бити подједнако уклопљив у домаћи систем.

Лојалност као посебну дужност одређених акционара у српском позитивном праву треба разликовати од лојалности као услова за награђивање акционара, који су имаоци акција у дужем периоду, а која, за сада, није део српског позитивног права. Дужност лојалности немају само контролни акционари и акционари са значајним капитал учешћем, него и друга лица, на пример, директори. Акционари који поступају у складу са дужношћу лојалности, уз предуслов да јесу субјекти те дужности, могу се назвати лојалним акционарима, док се у контексту института награђивања лојалних акционара сви акционари који су имаоци акција у дужем периоду могу назвати лојалним акционарима. У овом раду говори се о лојалним акционарима у контексту награђивања, осим када је наглашено да то није случај. Поступање у складу са дужношћу лојалности може бити само додатни услов за награђивање оних акционара који јесу субјекти те дужности.

Уопштено говорећи, награђивање лојалних акционара је актуелна тема која завређује пажњу и нашег законодавца. У овом раду детаљно је анализирана награда у виду гласова за лојалност, док су други модалитети награђивања лојалних акционара набројани и дефинисани. Другачије речено, пажња ће бити посвећена награди која је искључиво управљачке природе у контексту права акционара. Награђивање лојалних акционара додатним гласовима подразумева и одступање од правила једна акција – један глас, које је у српском праву императивно, али постоје законом дозвољени изузеци. Одступање се огледа у чињеници да би награђени акционари имали право на више од једног гласа на основу једне акције. С друге стране, награђивање акционара може бити ограничено на разне начине. Тако се може ограничити број гласова за лојалност по акцији и/или укупан број гласова за лојалност по акционару, као и према предмету гласања када се специјално право гласа односи само на поједина питања.

Гласови за лојалност, као и акције за лојалност генерално представљају механизам за промовисање интереса привредног друштва. Због тога би оне биле у духу нашег Закона о привредним друштвима, којим је тај интерес промовисан као *sui generis* интерес.[3]

[3] Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 9/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015 и 44/2018, чл. 63, ст. 1. Вид. више о

2. МОДАЛИТЕТИ НАГРАЂИВАЊА

2.1. Акције за лојалност у ширем смислу

Акције за лојалност (енг. *loyalty shares*, *L-shares*) представљају инструмент за награђивање лојалних акционара. Под акцијама за лојалност обично се подразумевају акције које дају право на више гласова лојалним акционарима, које друштво не издаје. Наиме, обичне акције лојалних акционара се у њих „претварају" током пословања друштва, задржавајући та новодобијена својства све док је лојални акционар њихов ималац. Акције за лојалност су дефинисане као акције које дају право на више гласова у Извештају о пропорционалности између власништва и контроле у котираним друштвима у Европској унији: упоредна правна студија из 2007. године.[4] Ипак, с обзиром на то да се акције за лојалност, схваћене као акције које дају специјална права лојалним акционарима, не издају, оне нису посебна врста акција, иако њихов назив на то асоцира, па не чине ни посебну класу акција већ представљају специјално право гласа, односно право на више од једног гласа по акцији, које је везано за одређеног акционара и/или специјално економско право које акције дају. Под акцијама за лојалност у ширем смислу треба подразумевати не само акције које дају специјално право гласа лојалним акционарима, односно гласове за лојалност и акције које дају специјално економско право, односно дивиденде за лојалност, лојалним акционарима када број акција остаје исти већ и акције које су бесплатно расподељене акционарима као награда за лојалност и акције које је акционар стекао користећи варант за лојалност. Чињеница да су бесплатне акције или варанти за лојалност као права на стицање акција издати као награда лојалним акционарима оправдава сврставање тако стечених акција у акције за лојалност у ширем смислу, иако издате акције могу бити обичне акције на основу којих лојални акционари, на пример, немају право на више гласова. У том смислу, отвара се питање признавања специјалних права раније награђених акционара на основу накнадно стечених акција. Значајно је напоменути да се модалитети награђивања лојалних акционара не исцрпљују само у специјалном праву гласа и/или праву на дивиденду. Награда се може састојати у поједностављеној процедури за уврштење предлога у дневни ред за седницу скупштине, а чак и у награди за присуствовање седници, као инструментима за подстицање акционара да се више ангажују.[5] Овде је реч о специјалним правима

интересу привредног друштва у Јелена Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба интереса – дужност лојалности*, Београд 2015, 59–66.

4 Shearman & Sterling LLP, Proportionality between Ownership and Control in EU Listed Companies: Comparative Legal Study, May 18, 2007, пар. 3.2.1.

5 A. Sacco Ginevri, 6 фн. 90.

лојалних акционара као специјалним помоћним управљачким правима. Да закључимо, у ширем смислу, акција за лојалност је свака акција која даје специјална права акционару који је окарактерисан као лојалан, као и акција коју је акционар стекао као награду за лојалност. Дакле, тај појам обухвата акције које се издају само лојалним акционарима било бесплатно или на основу коришћења варанта за лојалност, као и акције које носе гласове и дивиденде за лојалност, али и специјална помоћна управљачка права.

2.2. Гласови за лојалност – акције за лојалност у ужем смислу

У сваком случају, верност акционара може се наградити на нивоу гласачких права, а да се не издају акције са различитим правима гласа. То се може постићи гласањем према трајању својства власника (енг. *time-phased voting*). На пример, акција може носити један глас уколико је у поседу акционара краће од одређеног временског периода, односно више гласова након истека тог периода.[6] Тај период се може назвати периодом лојалности или верности акционара (енг. *loyalty period*).[7] Дакле, акционари са дужим својством члана друштва могу бити награђени стицањем специјалних права протеком времена. Специјална права која лојални акционари на тај начин стичу могу бити различита. Награда се може састојати у додатним гласовима за сва питања или само нека, као и у дивиденди за лојалност.[8] Свакако да је специјално право гласа најзначајније у смислу управљања друштвом. Такво право је изузетак од правила једна акција – један глас, које је прихваћено у многим државама, међу којима је и Србија. Трајање својства члана тиме добија значај, будући да је награђивање механизам везивања члана за друштво. С друге стране, награђивање верних акционара додатним гласовима има и недостатке. Неки од њих су повећање агенцијских трошкова због негативног утицаја на механизме контроле директора, посебно имајући у виду да су директори често и акционари, и ефекат одвраћања од преузимања, односно промене контроле због непропорционалног броја гласова у односу на број акција лојалних акционара ако законом нису предвиђена посебна правила.[9] Ипак, треба истаћи да непријатељска преузимања нису увек најбољи начин за преузимање контроле и да верни акционари обично могу спречити продају акција по нижој цени јер боље разумеју могућности компаније.[10] У сваком случају, систем у којем

---

6 L. L. Dallas, J. M. Barry, 547.

7 Jeroen Delvoie, Carl Clottens, „Accountability and short-termism: some notes on loyalty shares“, *Law and Financial Markets Review* 9(1)/2015, 20.

8 Награда у форми дивиденди за лојалност није посебно анализирана у овом раду, будући да је реч о теми која заврeђује да јој буде посвећен посебан рад.

9 Вид. L. L. Dallas, J. M. Barry, 565–567.

10 *Ibid.*, 569.

су дозвољене акције за лојалност није у великој мери другачији од система у којем је дозвољено издавање акција са различитим гласачким правима.[11] Управо би се могло рећи да је гласачко право према трајању својства члана друштва средње решење између две крајности – система у којима важи правило једна акција – један глас и система у којима је дозвољено издавање акција које дају различита права гласа.[12] Имајући у виду претходне напомене, акције за лојалност у ужем смислу нису ништа друго до специјална права која лојални акционари имају на основу обичних или преференцијалних акција. На крају, треба још једном напоменути да се под акцијама за лојалност најчешће подразумевају специјална права гласа лојалних акционара, односно додатни гласови за лојалност ималаца обичних акција. Акционари који се одлуче на улагање у виду преференцијалних акција унапред се одричу утицаја на управљање друштвом јер оне не дају право гласа по правилу већ само изузетно, када су угрожена њихова економска права. Због тога их није потребно додатно стимулисати да гласају у тим случајевима, али то не треба ни забранити. Одговарајућа награда лојалним имаоцима преференцијалних акција која би их одвратила од продаје акција јесте награда економске природе.

3. ЛОЈАЛНОСТ КАО УСЛОВ ЗА НАГРАЂИВАЊЕ

Кључна одредница за утврђивање који акционари могу да буду награђени јесте лојалност привредном друштву. Дакле, треба установити који услови морају да буду испуњени да би се акционар сматрао лојалним. Означавање појединих акционара као лојалних не значи да су остали нелојални већ само да та лица не испуњавају услов за награђивање. У том контексту, било би погрешно сматрати да су лојални акционари само они који поступају у складу са дужношћу лојалности, односно у најбољем интересу привредног друштва, имајући у виду да дужност лојалности, односно посебне врсте дужности лојалности у нашем праву имају само контролни акционари и акционари са значајним капитал учешћем. Према природи ствари, мањински акционари су они које треба подстаћи на ангажовање награђивањем њихове лојалности. Дакле, круг акционара који испуњавају услове да буду награђени не треба у том смислу сужавати. Додатни услов за награђивање акционара који су лица са посебним дужностима може бити поступање у складу са дужношћу лојалности. Другачије речено, требало би предвидети да награђени могу бити само они који нису повредили неку од посебних дуж-

[11] *Ibid.*

[12] *Ibid.*, 577.

ности ако је имају. Постојање повреде дужности подразумева да је то констатовано правноснажном судском одлуком. У супротном, награђивање акционара би једино могло бити забрањено привременом мером у поступку због повреде посебних дужности. У сваком случају, мора да постоји општи критеријум који се једноставно може применити на све акционаре. Подобно мерило је трајање својства акционара. Добродошлим га чине мерљивост у квантитативном смислу, једноставност примене и примењивост на све акционаре. Наиме, временски критеријум је најзначајнији, што не значи да треба да буде и једини. С друге стране, поступање у складу са посебним дужностима је додатни квалитативни услов јер се односи само на акционаре који имају дужност лојалности.

Инвеститори могу бити окренути краткорочним, средњорочним или дугорочним улагањима. Акционари са малим процентом капитал учешћа у друштву обично су окренути краткорочном улагању. С друге стране, већи проценат капитал учешћа је обично гаранција за дугорочност, посебно имајући у виду да је теже продати већи пакет акција.[13] Такво стање ствари подразумева да је неопходно узети у обзир висину капитал учешћа у друштву, као важан критеријум за утврђивање постојања обавезе лојалности и поделу акционара према том критеријуму. Осим висине капитал учешћа, постоје и други критеријуми према којима се могу направити разне поделе улагача.[14] Ипак, тешко је сврстати поједине врсте улагача према томе да ли су окренути дугорочном улагању или нису, иако се неке правилности могу уочити. На пример, истраживања показују да су пензиони фондови и друштва за осигурање обично окренути дугорочном улагању, за разлику од инвестиционих фондова.[15]

Немогућност награђивања додатним гласовима лојалних акционара, односно акционара који су окренути дугорочним интересима друштва, у системима у којима је правило једна акција – један глас императивно, један је од кључних аргумената против императив-

[13] Вид. Mathias M. Siems, „With Great Power Comes Great Responsibility: Ideal and Real Types of Shareholders“, *Shareholders' duties* (ed. Hanne S. Birkmose), Alphen aan den Rijn 2017, 77.

[14] Тако се улагачи могу поделити на приватне и институционалне (професионалне), према врсти делатности којом се баве, односно према критеријуму да ли им је улагање основна делатност, затим на квалификоване (који се такође могу назвати професионалним улагачима) и нестручне улагаче (тзв. лаике) према њиховом знању о улагању у хартије од вредности, али и на велике и мале улагаче, према обиму пословања хартијама од вредности. Вид. Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Београд 2009, 150–153.

[15] Вид. више у Therese Strand, „An Economic View on Shareholder Duties in Corporate Governance“, *Shareholders' duties* (ed. Hanne S. Birkmose), Alphen aan den Rijn 2017, 63−64.

ности тог правила. Другим речима, треба дозволити одступање од тог правила да би се наградили лојални акционари. При томе, треба имати у виду да се награђивањем лојалних акционара не третирају неједнако акционари који су у истом положају. Конкретно, иако се принцип или правило једнаког третмана акционара често помиње заједно са акцијама за лојалност, једнак третман акционара се односи само на оне акционаре који су у истом положају – не може се ставити знак једнакости између једнакости акција и једнакости акционара.[16]

Осим поменутих критеријума за утврђивање лојалности, додатни критеријум би могао бити и степен ангажовања акционара. Примена тог критеријума подразумева исказивање лојалности активним учествовањем у раду седнице скупштине, пре свега гласањем. Ако се гласање схвати као манифестација лојалности, онда се може поставити и контрапитање: да ли треба да гласају акционари који су тек стекли акције?[17] Уколико би се прихватио став да они не треба да гласају, то би од самог почетка одвратило од улагања инвеститоре који намеравају да се ангажују. Од тог питања треба раздвојити појединачне случајеве суспензије гласачких права, било да је реч о превентивном или казненом механизму, будући да би суспензија гласачких права у одређеном временском периоду након стицања акција била опште правило које важи за све акционаре.[18]

Имајући у виду да већа права носе веће обавезе, може се поставити питање има ли смисла предвидети обавезу акционара да гласају да би доказали лојалност и уопште били подобни за награђивање или чак и санкцију, односно одузимање повластица у виду додатних гласова уколико је не користе. Обавеза гласања, у теоријском смислу, може се схватити као део фидуцијарне дужности у правним системима који их познају у оквиру компанијског права. У теорији се посебно расправља о постојању обавеза гласања институционалних инвеститора у Сједињеним Америчким Државама (САД), док је већинско мишљење у Великој Британији и Аустралији да таква обавеза не постоји.[19] У српском праву, природа посебних дужности није иста као у англосаксонским правним системима, па нема основа за заступање

[16] Вид., на пример, J. Delvoie, C. Clottens, 24. Вид. више о поменутој разлици у Јелена Лепетић, „Једнак третман акционара – правно правило или принцип“, *Правни живот* 11/2018a, 37–38.

[17] J. Delvoie, C. Clottens, 23.

[18] Вид. више о суспензији права гласа у Јелена Лепетић, „Активизам акционара“, *Право и привреда* 10–12/2018b, 110–112.

[19] Hanne S. Birkmose, „You can Lead a Horse to Water, But can You Make it Drink? Institutional Shareholders and Corporate Voting“, *European Business Law Review* 20/2009, 727.

става да гласање може бити обавеза акционара, ако то није законом предвиђено.[20] Озбиљан разлог против увођења обавезе гласања је чињеница да право гласа треба да се врши на информисаној основи, односно да је право на информисање предуслов за вршење права гласа, што подразумева и повећање трошкова акционара приликом тражења информација.[21] У том смислу, исход обавезе гласања могло би да буде гласање већег броја неинформисаних у односу на информисане акционаре, што се може негативно одразити на пословање друштва.[22] Дакле, лојалним акционарима не треба наметнути обавезу да гласају, али им треба омогућити да гласају и утичу на управљање друштвом у већој мери. Да закључимо, већински је став да је гласање акционара њихово право а не обавеза.[23]

На акционарима је да одлуче да ли ће гласати или изаћи из друштва ако су незадовољни поступањем управе.[24] Стављање у изглед изласка из друштва важно је средство дисциплиновања управе јер промена контроле обично води до њене смене. Осим права гласа и „претње" да ће изаћи из друштва, акционар своје незадовољство може исказати и на друге начине, који се такође могу сматрати ангажовањем. Реч је, пре свега, о неформалним разговорима са управом, али и разменом информација са другим акционарима.[25] Акционари ће се свакако одлучити на излазак из друштва када процене да је за њих исплативије да уложе у друго друштво.[26] Један од начина да се акционар приволи да не прода акције јесте да се награди за верност. Додатне гласове у том смислу треба схватити и као погодан инструмент за дисциплиновање управе. Имајући у виду да гласање није једини начин ангажовања акционара већ да се активност може изразити и на друге начине (на пример, постављањем питања на седници скупштине, вршењем увида у акта друштва), степен ангажовања сваког акционара у раду друштва појединачно није једноставно утврдити. Због тога, степен ангажовања акционара није потпуно подобан критеријум за оцену лојалности.

---

[20] Више о фидуцијарним дужностима у компанијском праву вид. у Ј. Лепетић (2015), 96 и даље.

[21] H. S. Birkmose, 735.

[22] Вид. *ibid*., 736.

[23] *Ibid*., 723.

[24] *Ibid*., 725.

[25] Тим средством ангажовања најчешће се служе институционални инвеститори. Dorothy S. Lund, „The Case against Passive Shareholder Voting", *Journal of Corporation Law* 43(3)/2018, 501.

[26] H. S. Birkmose, 724.

4. УПОРЕДНОПРАВНА РЕШЕЊА

Процена лојалности искључиво на основу временског критеријума, односно трајања својства акционара, подразумева промовисање дугорочних интереса привредног друштва и његове одрживости. Значај давања предности дугорочним над краткорочним интересима на тржишту капитала препознат је на нивоу Европске уније. О томе сведочи усвајање Директиве бр. 828/2017 о измени Директиве бр. 36/2007 о подстицању дугорочног ангажовања акционара.[27] Управо је економска криза била показатељ да су акционари обично подржавали директоре у преузимању краткорочних ризика, како је наведено у рециталу 2 те Директиве. Иако је реч о Директиви о дугорочном ангажовању акционара, у њој нису регулисани гласови за лојалност који јесу инструмент за подстицање дугорочног ангажовања акционара. О значају борбе против краткорочности, односно краткорочне перспективе на тржишту капитала на нивоу Европске уније говори и нови Акциони план Европске комисије: финансирање одрживог раста из 2018. године.[28] Ипак, ни у њему се не помињу акције за лојалност.

Могућност награђивања лојалних акционара додатним гласовима сама по себи не подразумева да је дозвољено издавање акција које дају право на више од једног гласа. Наиме, оно може да представља манифестацију приступа који подразумева везивање права на више гласова по акцији искључиво за лојалне акционаре.[29] У сваком случају, гласови за лојалност представљају изузетак од правила да једна акција носи један глас. Тако су, на пример, у француском праву, акције за лојалност дозвољене 1933. године као изузетак од забране акција које дају право на више гласова.[30] Другачије речено, награђивање лојалних акционара могуће је и у системима који су усвојили правило једна акција – један глас приликом издавања

[27] Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement, *OJ L* 132, 20. 5. 2017, 1–25. Више о правима акционара на нивоу Европске уније вид. у Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Београд 2012, 179–213.

[28] Вид. Акциони план: финансирање одрживог раста (*Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Action Plan: Financing Sustainable Growth*, COM/2018/097 final, Brussels, 8. 3. 2018), пар. 4.2, меру 10 која подразумева подстицање одрживог корпоративног управљања и спречавање краткорочне перспективе на тржиштима капитала. Акциони план је доступан на *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0097&from=EN*, 2. новембар 2018.

[29] Вид. A. Sacco Ginevri, 2.

[30] J. Delvoie, C. Clottens, 21.

акција. Издавање акција које дају право на више од једног гласа уобичајено је у САД-у, док је то у Европи ређе.[31] Парадоксално, акције за лојалност су популарније у Европи него у САД-у.[32] Тако је награђивање лојалних акционара додатним гласовима могуће у Француској и у Италији.

Право гласа које варира према трајању својства акционара је генерално дозвољено у САД-у.[33] И друга права акционара у вези са правом гласа такође могу да варирају према истом критеријуму. Тако, на пример, предлози акционара могу бити уврштени у прокси материјал након истека једне године према правилу 14а-8 америчке Комисије за трговање хартијама од вредности, док акционари могу предложити директора након три године према правилу 14а-11.[34] С друге стране, према правилима о укључењу акција на листинг Њујоршке берзе, специјална права гласа која се стичу протеком времена у својству акционара постају забрањена након укључења на листинг, односно награђивања која утичу на право гласа издаваоци не смеју да одобре након укључења на листинг, али је то изузетно могуће ако берза процени да је оправдано.[35]

У француском праву дозвољене су акције за лојалност – акције са двоструким правом гласа, које стиче акционар који је најмање две године законити ималац акције, када је то предвиђено актима друштва, а то се односи на акције које акционар већ поседује или акције које му се касније бесплатно издају.[36] Акције са двоструким правом гласа дозвољене су и у котираним друштвима, осим када је то искључено статутом, након измена Трговачког законика из 2014. године.[37] Дакле, за некотирана друштва важи да њиховим актима мора да буде омогућен режим гласова за лојалност да би се правило о награђивању примењивало, док за котирана друштва правило важи аутоматски, ако друштво не искључи његову примену.[38] Законодавац предвиђа квантитативно ограничење према броју гласова, па тако акције које акционар поседује бар две године могу дати максимално

---

31 Вид. Federico Cenzi Venezze, „The costs of control-enhancing mechanisms: how regulatory dualism can create value in the privatisation of state-owned firms in Europe", *European Business Organization Law Review* 15(4)/2014, 4 (број страна према електронској копији доступној на бази *Westlaw*).

32 Tamara C. Belinfanti, „Shareholder Cultivation and New Governance", *Delaware Journal of Corporate Law* 3/2014, 847.

33 *Ibid*., 833.

34 A. Sacco Ginevri, 2–3.

35 T. C. Belinfanti, 833.

36 Вид. француски Трговачки законик (*Code de Commerce*), Art. L. 225–123.

37 Француски Трговачки законик Art. L. 225–123.

38 J. Delvoie, C. Clottens, 21.

двоструко већи број гласова, при чему су права везана за акционара а не за акције.[39] Дакле, специјално право гласа не преноси се са акцијама.

Опште је правило да се специјална права губе преносом акција, будући да се стичу протеком времена. Права која дају акције генерално се сматрају преносивим правима.[40] Специјална права су по правилу везана за акционара који је веран друштву, а не за саме акције. С друге стране, од тог правила постоје изузеци. Наиме, постоје случајеви када се акције преносе заједно са специјалним правом гласа. Такав пренос је оправдан у случају преноса акција између повезаних лица, на пример у случајевима наслеђивања или преноса акција између супружника, односно развода или наследника у директној линији.[41] Такође, двоструко право гласа у француском праву опстаје и у случајевима статусних промена, када двоструко право гласа задржава одговарајуће друштво, зависно од врсте статусне промене.[42] С друге стране, ти изузеци се не односе на дивиденде за лојалност.[43] На крају, треба истаћи да у француском праву акције за лојалност, односно акције које дају специјална права гласа или специјална економска права лојалним акционарима, не чине посебну класу акција јер је реч о правима везаним за акционаре, а не за акције.[44]

Омогућавање награђивања лојалности је практична потреба у компанијском праву. О томе сведоче скорије измене италијанског законодавства које су уследиле након познатог случаја прекограничног спајања, када се италијанско акционарско друштво Фијат (*Fiat S.p.A.*) припојило свом зависном холандском друштву. То прекогранично спајање припајањем, које се одиграло 2014. године, било је, пре свега, резултат немогућности издавања акција које дају право на више гласова и награђивања лојалних акционара у Италији, што је, с друге стране, било могуће у Холандији, па је убрзало промену италијанског законодавства.[45] Наиме, исте године измењен

[39] Hans De Wulf, „Shares in EMCA: The Time is Ripe for True No Par Value Shares in the EU, and the 2nd Directive is Not an Obstacle“, *European Company and Financial Law Review* 2/2016, 252.

[40] Вид. више у Panagiotis Kon. Panagiotou, „The Disruption of the Principle of Indivisibility of the Share and the Assignment of Autonomous Voting Rights“, *Company Lawyer* 36(3)/2015, 3 (број страна према електронској верзији доступној на бази *Westlaw*).

[41] Вид. Трговински законик, Art. L 225–124; A. Sacco Ginevri, 9, фн. 126.

[42] *Ibid*.

[43] J. Delvoie, C. Clottens, 21.

[44] *Ibid*.

[45] Вид. Augusto Santoro *et al*., „Deviations from the One Share – One Vote Principle in Italy: Recent Developments – Multiple Voting Rights Shares and Loyalty Shares“, *Bocconi Legal Papers* 5/2015, 141–142. О сукобу закона и прекограничним спајањима

је италијански Грађански законик (чл. 2351, ст. 4).[46] Конкретно, нејавним акционарским друштвима је омогућено да издају акције које носе више од једног гласа, а јавним само изузетно, при чему су акције за лојалност дозвољене у јавним друштвима.[47] У италијанском праву најкраћи рок за остваривање повластица је најмање две године трајање својства акционара, при чему акционар може имати највише два гласа по једној акцији.[48]

У појединим државама, награђивање лојалних акционара није регулисано, али јесте део праксе у пословању привредних друштава. Такав је случај у Холандији, будући да у пракси постоје специјална права лојалних акционара иако акције за лојалност нису предвиђене законом, при чему, с друге стране, нису ни забрањене.[49] На крају, у појединим државама акције за лојалност нису дозвољене. Оне су забрањене у Белгији, имајући у виду да је у тој земљи правило једна акција – један глас императивно.[50] Такође, акција не може да даје право на више од једног гласа у немачком праву.[51]

5. ПРЕПОРУКЕ ЗА РЕФОРМУ ДОМАЋЕГ ПРАВА

Тражећи свој пут у оквирима транзиције, Србија је предвидела строга правила о дужностима акционара која су својствена англосаксонским правним системима. Лојалност акционара је тако постала уобичајена синтагма у компанијском праву. Иако у српском компанијском праву чак и акционари са значајним капитал учешћем имају посебне дужности према привредном друштву, законодавац не оставља простор за награђивање лојалности. Осим што није могуће издавати акције са више гласова, није могуће ни наградити лојалне акционаре додатним гласовима јер важи императивно правило једна акција – један глас. Награђивање лојалних акционара подразумева давање предности дугорочном стабилном пословању у односу на краткорочну добит која може значити и мањи притисак на директоре и осигурати поступање у најбољем интересу друштва.[52] Уколико српски законодавац крене путем омогућавања награђивања лојалних

вид. у Татјана Јевремовић Петровић, *Прекогранична спајања друштава у праву ЕУ*, Београд 2010, 48.

46 A. Santoro *et al*., 141–142.

47 *Ibid*., 143.

48 *Ibid*., 165.

49 J. Delvoie, C. Clottens, 21–22.

50 *Ibid*., 22.

51 Вид. немачки Закон о акцијама (*Aktiengesetz – AktG*), чл. 12, ст. 2.

52 A. Sacco Ginevri, 5.

акционара, чиме би промовисање интереса привредног друштва било настављено, биће потребно изменити разне одредбе не само закона којим су регулисана привредна друштва него и закона којим су уређени тржиште капитала и преузимање акционарских друштава. Реч је о одредбама које се односе на пренос акција и права из акција, стицање додатних акција од стране лојалних акционара и на понуду за преузимање акционарских друштава. С друге стране, не треба мењати одредбу о једнаком третману акционара у Закону о привредним друштвима. Награђивање лојалних акционара је у складу са општим принципом о једнаком третману акционара јер се награђују сви акционари који су у истом правном положају. Наиме, оно је установљено у интересу друштва и пропорционално услову за који је везано, па у том смислу не утиче на систем гласања и права других акционара.[53]

Слобода избора као манифестација принципа аутономије воље треба да буде идеја водиља законодавца приликом регулисања тог питања.[54] Другим речима, акционарима треба оставити избор да одлуче шта је за њих најбоље, односно да ли желе да се систем награђивања лојалних акционара примени у конкретном друштву, да дефинишу период трајања својства акционара који квалификује акционаре за награђивање и сам модалитет награђивања. У том контексту, може се поставити питање да ли за акционаре који се нису сагласили са награђивањем лојалних акционара додатним гласовима у одређеном друштву треба предвидети право на излазак из друштва, односно право несагласних акционара на откуп акција када се могућност награђивања уводи у друштво након његовог оснивања. С обзиром на то да није реч о посебној класи акција већ о специјалним правима која може стећи сваки ималац обичне акције, што треба разликовати од ситуације када друштво донесе одлуку да изда акције које дају право на више гласова у законодавствима у којима је то дозвољено, одговор би требало да буде одричан.[55] Такође, омогућавање изласка из друштва тим акционарима могло би се негативно одразити на друштво због потребних новчаних средстава за исплату тих акционара.[56] Законодавац треба да предвиди најкраћи период лојалности чији истек квалификује акционара да буде награђен, остављајући могућност акционарима да предвиде дужи рок. Додатно, законодавац може ограничити максималан број гласова за лојалност по једној акцији и укупан број гласова за лојалност по акционару.

[53] *Ibid*., 8.

[54] Тако и J. Delvoie, C. Clottens, 24.

[55] Такво је решење прихватио италијански законодавац. A. Santoro *et al*., 166.

[56] Вид. критички поглед на права несагласних акционара генерално у Мирко Васиљевић, Вук Радовић, „Теоријске основе права несагласних акционара“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/2017, 16–22.

Када је реч о преносу акција и преносу права из акција, према Закону о привредним друштвима, на пренос права из акција и ограничења права из акција примењује се Закон о тржишту капитала, који промовише неограничен пренос права из финансијских инструмената, осим када је то законом забрањено.[57] Права се преносе заједно са финансијским инструментом.[58] Због тога треба прецизирати да се специјална права за верност не преносе заједно са акцијама већ престају. Изузетке такође треба предвидети по угледу на француско решење.

Осим питања опстанка специјалних права у случајевима преноса акција, важно је одговорити и на питање да ли се специјална права односе и на акције које накнадно стекне акционар који има специјално право гласа по основу лојалности. Другим речима, да ли и новостечене акције истог друштва треба да дају специјално право гласа том акционару.[59] Имајући у виду да је реч о доказано верном акционару, нема разлога не признати му специјална права на основу нових акција.[60] Такав став оправдава чињеница да се специјална права лојалних акционара не везују за акције већ за њих саме. С друге стране, треба имати у виду да је главни циљ награђивања лојалних акционара подстицање мањинских акционара на веће ангажовање. Уколико стицањем акција акционар престане да буде мањински, та сврха награђивања неће бити остварена. Наиме, контролни акционари су, према природи ствари, заинтересовани за управљање друштвом и у том смислу ангажовани. Тај проблем се адекватно решава предвиђањем максималног броја гласова за лојалност које може имати један акционар.

Следеће важно питање односи се на обавезу објављивања понуде за преузимање коју би могао имати лојални акционар као последицу награђивања. Стицање додатних гласова не треба изједначити са стицањем акција, па правило о обавезном објављивању понуде не треба применити. Такође, акције и варанти који су издати за лојалност као награда лојалним акционарима треба да буду изузети од општег правила о обавезном објављивању понуде за преузимање. Награда би се претворила у омчу око врата лојалном акционару ако би се то правило применило без изузетка. Без правилног третмана, извесност награђивања постала би мотив за продају акција пре истека тзв. периода лојалности. Додатно, специјална права гласа требало би да буду суспендована када се одлучује о мерама одбране о преузимању, као

[57] ЗОПД, чл. 248; Закон о тржишту капитала – ЗОТК, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015 и 108/2016, чл. 6, ст. 1.

[58] ЗОТК, чл. 228, ст. 2

[59] A. Sacco Ginevri, 10.

[60] *Ibid*.

и на првој седници скупштине након преузимања, да би преузималац могао да промени акте друштва или да именује, односно разреши чланове управе, ако се законодавац определи да суштински прихвати тзв. правило о пробијању. С друге стране, правилом о пробијању из Директиве бр. 25/2004 о понудама за преузимање нису обухваћене акције за лојалност, односно акције које протеком времена дају више гласова лојалном акционару, а које не чине посебну класу акција.[61]

Увођење награђивања лојалних акционара којим јача право гласа у друштвима у којима постоји акционар са високим процентом капитал учешћа може се свести на механизам јачања контроле. Због тога, приликом доношења одлуке о дозвољавању награђивања лојалних акционара у конкретном друштву фокус мора да буде на већини која је неопходна да би одлука била усвојена, односно на већини која је потребна за примену правила о награђивању. Према томе, треба инсистирати на већој већини од обичне за доношење ове одлуке. Већа већина гарантује заштиту мањинских акционара, чак и у случајевима када се награда састоји у издавању вараната за лојалност, имајући у виду да само већински акционари могу, на пример, бити заинтересовани за нове акције.[62] Период лојалности би требало да обухвата само период у којем је акционар законити ималац акције и током којег акције није дао у зајам. Ако се, на пример, лојалност награђује варантом за лојалност, зајам акција би требало да подразумева да права из варанта престају.[63] У сваком случају, увођење могућности награђивања акционара додатним гласовима ограничава моћ управе која по правилу расте са апатијом акционара. Може се очекивати да би на тај начин акционари били одвраћени од продаје својих акција, чиме би био афирмисан дугорочни интерес привредног друштва.

6. ЗАКЉУЧАК

Акције за лојалност се обично дефинишу као акције које дају право на више гласова иако је у правном смислу реч о специјалним

61 Thomas Papadopoulos, „Legal Aspects of the Breakthrough Rule of the European Takeover Bid Directive“, *Takeover Regulation: A Legal Approach*, Icfai Books, Icfai University Press (IUP), Icfai University, 2008, 7, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1114671*, 20. децембар 2018; Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, *OJ L* 142, 30. 4. 2004, 12–23. Више о правилу пробијања вид. у Вук Радовић, *Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле*, Београд 2008, 219–254.

62 Вид. Patrick Bolton, Frédéric Samama, „Loyalty-Shares: Rewarding Long-term Investors“, *Journal of Applied Corporate Finance* 25(3)/2013, 44.

63 Вид. *ibid*., 46.

правима гласа акционара, односно о гласовима за лојалност које акције дају лојалним акционарима, што је уједно и дефиниција акција за лојалност у ужем смислу. У ширем смислу, тај појам обухвата различите модалитете награђивања лојалних акционара. Награда лојалним акционарима се може састојати у додатним гласовима, додатној дивиденди, специјалним правима у вези са процедуром за уврштење предлога у дневни ред за седницу скупштине, специјалним правима на награду за присуствовање седници, варантима за лојалност и бесплатним акцијама. У акције за лојалност у ширем смислу спадају акције које дају специјална права лојалном акционару и акције које су акционару издате за лојалност. С друге стране, акције за лојалност у ужем смислу нису ништа друго до специјална права која лојални акционари имају на основу акција. Под акцијама за лојалност се најчешће подразумевају специјална права гласа лојалних акционара, односно додатни гласови за лојалност које дају обичне акције чији је ималац лојални акционар.

Награђивање лојалности акционара је актуелна тема у компанијском праву на светском нивоу. На европском континенту, у скорије време су реформисана поједина законодавства, што је, пре свега, резултат практичне потребе у времену у којем су прекогранчне промене седишта и прекогранична спајања друштава редовна појава. Имајући у виду да је у српском праву императивно правило једна акција – један глас, награђивање лојалности додатним гласовима није дозвољено. Реформа домаћег права је у том погледу пожељна из више разлога. Први је потреба популаризовања форме акционарских друштава придавањем значаја принципу аутономије воље. Акционарима треба оставити могућност да одлуче да ли ће се правило о награђивању лојалних акционара примењивати или неће. Фокус мора да буде на већини која је неопходна да би одлука била усвојена на седници скупштине акционара. Потребна већина за доношење одлуке о укључењу или искључењу правила о награђивању лојалних акционара треба да буде квалификована да би се адекватно заштитили мањински акционари. Омогућавање награђивања лојалних акционара додатним гласовима поспешило би активизам акционара који је препознат као важан циљ у модерном корпоративном управљању. Реформа домаћег права би омогућила да лојалност не буде само обавеза одређених чланова друштва већ и услов за награђивање свих акционара, што би их подстакло да се дуготрајније вежу за друштво и одвратило их од продаје акција. Наиме, правило о награђивању лојалних акционара би допринело промовисању интереса привредног друштва који је препознат као посебан интерес у нашем праву.

Награђивање лојалних акционара додатним гласовима само по себи не би значило прихватање система у којем је дозвољено издавање акција са различитим бројем гласова. Наиме, издавање

акција које дају право на више гласова, а које би чиниле класу обичних акција и даље би било забрањено. С друге стране, правило једна акција – један глас више не би било императивно, али би и даље било начелно прихваћено. Решење да право гласа зависи од трајања својства акционара друштва представља средње решење између две крајности – система у којима важи правило једна акција – један глас и система у којима је дозвољено издавање акција које дају различита права гласа.

Одређење лојалности као услова за награђивање кључно је за регулисање овог питања. Лојалност првенствено треба одређивати према трајању својства акционара једног привредног друштва. Процена лојалности на основу временског критеријума је једноставна и подразумева промовисање дугорочних интереса привредног друштва и његове одрживости. Управо је тај приступ у складу са циљевима Директиве бр. 828/2017 о подстицању дугорочног ангажовања акционара, којом је дата предност дугорочним над краткорочним интересима на тржишту капитала на нивоу Европске уније. Период лојалности би требало да обухвата само период у којем је акционар законити ималац акције и током којег акцију није дао у зајам. Додатни критеријум би било поступање у складу са дужношћу лојалности за акционаре који ту дужност имају, а евентуално и степен ангажовања акционара у погледу гласања.

Законодавац може предвидети разна квантитативна и квалитативна ограничења награђивања додатним гласовима. Тако се може ограничити број гласова по акцији или укупан број гласова по акционару на основу лојалности, али и према предмету гласања, па се специјално право гласа може односити само на поједина питања. Уколико законодавац крене путем реформи, осим уношења нове одредбе о награђивању, биће неопходно променити одредбе о преносу акција и права из акција, стицању додатних акција од стране лојалних акционара и о преузимању акционарских друштава, које се налазе у различитим законима. Конкретно, треба прецизирати да се специјална права за верност не преносе заједно са акцијама већ да престају, осим у таксативно предвиђеним случајевима. Лојалним акционарима треба признати специјална права и из нових акција будући да се специјална права везују за акционаре, а не за акције. Акције за лојалност треба да буду изузете од правила о обавезној јавној понуди за преузимање, при чему свака акција треба да даје један глас на седници скупштине на којој се одлучује о мерама одбране од преузимања, као и на првој седници скупштине након преузимања. Та реформа домаћег права може бити први корак ка увођењу непропорционалног гласачког система у акционарским друштвима, односно система у којем је дозвољено издавање акција које дају право на више од једног гласа, или остати трајно решење.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Belinfanti, T. C., „Shareholder Cultivation and New Governance“, *Delaware Journal of Corporate Law* 3/2014.

Birkmose, H. S., „You can Lead a Horse to Water, But can You Make it Drink? Institutional Shareholders and Corporate Voting“, *European Business Law Review* 20/2009.

Bolton, P., Samama, F., „Loyalty-Shares: Rewarding Long-term Investors“, *Journal of Applied Corporate Finance* 25(3)/2013.

Cenzi Venezze, F., „The costs of control-enhancing mechanisms: how regulatory dualism can create value in the priva.tisation of state-owned firms in Europe“, *European Business Organization Law Review* 15(4)/2014.

Dallas, L. L., Barry, J. M., „Long-Term Shareholders and Time-Phased Voting“, *Delaware Journal of Corporate Law* 40/2016.

De Wulf, H., „Shares in EMCA: The Time is Ripe for True No Par Value Shares in the EU, and the 2nd Directive is Not an Obstacle“, *European Company and Financial Law Review* 2/2016.

Delvoie, J., Clottens, C., „Accountability and short-termism: some notes on loyalty shares“, *Law and Financial Markets Review* 9(1)/2015.

Јевремовић Петровић, Т., *Прекогранична спајања друштава у праву ЕУ*, Београд 2010. (Jevremović Petrović, T., *Prekogranična spajanja društava u pravu EU*, Beograd 2010)

Јовановић, Н., *Берзанско право*, Београд 2009. (Jovanović, N., *Berzansko pravo*, Beograd 2009)

Лепетић, Ј., *Компанијскоправни режим сукоба интереса – дужност лојалности*, Београд 2015. (Lepetić, J., *Kompanijskopravni režim sukoba interesa – dužnost lojalnosti*, Beograd 2015)

Лепетић, Ј., „Једнак третман акционара – правно правило или принцип“, *Правни живот* 11/2018. (Lepetić, J. „Jednak tretman akcionara – pravno pravilo ili princip“, *Pravni život* 11/2018)

Лепетић, Ј., „Активизам акционара“, *Право и привреда* 10–12/2018. (Lepetić, J., „Aktivizam akcionara“, *Pravo i privreda* 10–12/2018)

Lund, D. S., „The Case against Passive Shareholder Voting“, *Journal of Corporation Law* 43(3)/2018.

Panagiotou, P. Kon., „The Disruption of the Principle of Indivisibility of the Share and the Assignment of Autonomous Voting Rights“, *Company Lawyer* 36(3)/2015.

Papadopoulos, T., „Legal Aspects of the Breakthrough Rule of the European Takeover Bid Directive“, *Takeover Regulation: A*

Legal Approach, Icfai Books, Icfai University Press (IUP), Icfai University, 2008.

Радовић, В., *Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле*, Београд 2008. (Radović, V., *Mere odbrane akcionarskog društva od preuzimanja kontrole*, Beograd 2008)

Sacco Ginevri, A., „The rise of long-term minority shareholders' rights in publicly held corporations and its effect on corporate governance", *European Business Organization Law Review* 12(4)/2011.

Santoro, A. *et al*., „Deviations from the One Share – One Vote Principle in Italy: Recent Developments – Multiple Voting Rights Shares and Loyalty Shares", *Bocconi Legal Papers* 5/2015.

Siems, M. M., „With Great Power Comes Great Responsibility: Ideal and Real Types of Shareholders", *Shareholders' duties* (ed. H. S. Birkmose), Alphen aan den Rijn 2017.

Strand, T., „An Economic View on Shareholder Duties in Corporate Governance", *Shareholders' duties* (ed. H. S. Birkmose), Alphen aan den Rijn 2017.

Васиљевић, М., Радовић, В., Јевремовић Петровић, Т., *Компанијско право Европске уније*, Београд 2012. (Vasiljević, M., Radović, V., Jevremović Petrović, T., *Kompanijsko pravo Evropske unije*, Beograd 2012)

Васиљевић, М., Радовић, В., „Теоријске основе права несагласних акционара", *Анали Правног факултета у Београду* 3/2017. (Vasiljević, M., Radović, V., „Teorijske osnove prava nesaglasnih akcionara", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3/2017)

Jelena Lepetić, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

MULTIPLE VOTES AS A REWARD TO LOYAL SHAREHOLDERS: A REFORM PROPOSAL

Summary

In this paper, the author analyses shareholders' multiple voting rights as a reward for their loyalty. Firstly, the definition of loyalty shares is provided both in the narrow and wider sense. Furthermore, the notion of loyalty as a condition for being rewarded, as well as the criteria for determining loyalty in company law, is specially examined. Bearing in mind the solutions in representative comparative legal systems, the author proposes the reform of national company law. Finally, the author points to the fact that the reward provision should be included in the Serbian Companies Act while the relevant provisions of the Capital Market Act and Takeover Act should be amended in order to allow successful reform. Implementation of the reform would allow loyalty in company law, not only linked to special duties, but also to special rights that a shareholder can acquire as a reward for loyalty to the company.

Key words: *Loyalty shares. – Loyal shareholders. – Shareholders' voting rights*.

Article history:
Received: 10. 1. 2019.
Accepted: 15. 3. 2019.

УДК 347.232.4

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901168D

Др Катарина Доловић Бојић*

ОДРЖАЈ КАО НАЧИН СТИЦАЊА ПРАВА СВОЈИНЕ НА НЕПОКРЕТНОСТИ**

Циљ овог рада је да се одреди домен примене института одржаја, то јест да се нађе одговор на питање у којим је то ситуацијама у пракси могуће испунити услове које законодавац захтева те стећи право својине на овај начин. До одговора на то питање доћи ћемо анализом судске праксе. С друге стране, предмет рада неће бити ограничен анализом праксе домаћих судова већ ћемо у раду анализирати и текстове појединих нацрта законика који садрже одредбе посвећене одржају, као и решења садржана у упоредном праву, са циљем да их упоредимо са позитивним правом наше земље.

У раду ће се отворити питање оправданости, али и потребе за постојањем института одржаја у савременом праву, те питање могућности постојања савесности као неопходног услова за стицање својине одржајем у светлу уредно вођених регистара непокретности.

Свакако најсуптилније питање које се нужно намеће на сам помен одржаја јесте оправданост овог института у светлу идеје о неповредивости права својине.

Кључне речи: *Одржај. – Државина. – Право својине. – Савесност. – Начело поуздања у катастар непокретности.*

* Ауторка је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *k.dolovic@ius.bg.ac.rs*.

** Чланак је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду *Идентитетски преображај Србије* за 2019. годину.

1. УВОД

По правилу, власник је истовремено и државалац ствари.[1] Државина је, дакле, претпоставка права својине, „пошто је у бескрајној множини случајева државалац доиста уједно власник".[2] Изузеци се, по правилу, односе или на узурпацију права својине или на држаоца који верује да је власник (изван тога остају ситуације када се ствар држи, при чему државалац зна да није власник, а није ни узурпирао ничије право својине – на пример, држање нађене ствари, закуп, послуга...). Наше право само у другом случају пружа заштиту те држаоцу даје шансу да ипак постане титулар права применом института одржаја.

Право својине се не може изгубити простим невршењем.[3] У супротном, то би била обавеза, а не право. Стога стари власник не може изгубити право само због тога што га није вршио већ само у случају да је на његовој ствари нови стицалац оригинарно стекао право својине, јер на истој ствари не могу истовремено постојати два искључива власника.[4] Према томе, то што се титулар није користио својим правом одређено време није довољно за примену института одржаја, већ истовремено морају да постоје и неактивност на страни титулара права својине и државина одређеног квалитета у прописаном временском периоду, с друге стране, да би се могло говорити о одржају као начину стицања својине.[5] Дакле, кључну улогу за идеју одржаја и претварање државине у субјективно право[6] има време као правна чињеница.[7]

Стицање од невласника представља одступање од бројних правила грађанског права. Постоји и конфликт индивидуалног и колективног интереса.[8] Стога се поставља питање да ли је постојање института одржаја оправдано. Тачније, који је то интерес толико битан да би његова заштита оправдавала фаворизовање држаоца у односу

---

1 Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Les Biens*, Paris 2010, 165.

2 Владимир Водинелић, *Државина, Појам, природа, заштита и разлог заштите*, Београд 2015, 107.

3 Уместо многих вид. Marie-Laure Mathieu, *Droits biens*, Paris 2013, 327.

4 Мартин Ведриш, Петар Кларић, *Основе имовинског права*, Загреб 1983, 193.

5 Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, Les Biens, *Traite de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris 2010, 238.

6 Nikola Gavella, *Posjed stvari i prava*, Zagreb 1990, 158.

7 „Време као правна чињеница има одређеног утицаја и изазива не само правне последице у облигационом праву код застарелости потраживања већ и у стварном праву код одржаја." Драгољуб Стојановић, *Стварно право*, Крагујевац 1998, 136.

8 Душко Медић, *Ново стварно право Републике Српске*, Бања Лука 2016, 62.

на власника. Пођемо ли од чињенице да је својина[9] најапсолутније[10] стварно право заштићено домаћим и међународним актима,[11] неприкосновено право,[12] који би то разлози оправдавали идеју „боље неправда него неред“.[13]

Упркос идеји о својини као најапсолутнијем и неприкосновеном праву, неспорно је да се може говорити о њеном ограничењу и оптерећењу.[14] Међутим, институт одржаја остаје далеко од тих појмова, односно не може се подвести ни под ограничење ни под оптерећење својине. Како се онда оправдава фаворизовање државине над својином?

Поједини аутори сматрају да је одржај установа друштвеног поретка чији је циљ да „искристалише“ ситуацију, те да је у општем интересу да се факт и право подударају.[15] У истом правцу иду и они који додају да је институт одржаја неправедан само на први поглед, да је неспорно да има мана, али да је то цена која мора бити плаћена зарад виших циљева.[16] Пракса наших судова заснована је на сличном ставу, те судови у одлукама у којима се позивају на институт одржаја наводе да је у питању „установа од општег интереса, јер се претварањем фактичког стања у правно остварује друштвена потреба за извесношћу у правним односима“.[17]

Мада, колико год се чинило да је тешко наћи оправдање за постојање института одржаја, чини се да је још теже наћи, ако пођемо од претпоставке о уредно вођеним јавним регистрима, ситуације у којима би били испуњени услови за стицање права својине одржајем, у светлу позитивноправних решења у нашој земљи. Требало би стога отворити и питање има ли места одржају као начину стицања

[9] О појму својине вид. и: Simon Gardner with Emily MacKenzie, *An Introduction To Land Law*, Oxford 2012, 181; Roger J. Smith, *Property Law*, New York 1998, 6.

[10] Вид., на пример, чл. 544 француског Грађанског законика.

[11] Више о овоме вид. Драгор Хибер, „Право на мирно уживање имовине, облици његовог угрожавања и могућност поновног успостављања у југословенском праву“, *Право људских права* (прир. Константин Обрадовић, Милан Пауновић), Београд 1996, 203–227.

[12] Марија Тороман, „Право својине у упоредном законодавству“, *Страни правни живот* 44/1964, 4.

[13] Gabriel Marty, Pierre Raynaud par Patrice Jourdain, *Les Biens*, Paris 1995, 184.

[14] О неопходности разграничења појмова ограничења и оптерећења права својине вид. Катарина Доловић, „Суседско право: појам, карактеристике и однос према стварним службеностима“, *Страни правни живот* 3/2012.

[15] Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, 238–239.

[16] Frederic Zenati, *Droit Civil*, *Les Biens*, Paris 1988, 321.

[17] Пресуда Апелационог суда у Београду Гж. 14084/10 од 3. децембра 2010, *Intermex* судска пракса.

својине, на начин како је тај институт регулисан Законом о основама својинскоправних односа[18], те испитати оправданост за опстанак тог начина стицања својине на непокретностима, с једне стране, али и адекватност прописаних услова за његову примену, с друге стране.

2. ИНСТИТУТ ОДРЖАЈА У ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Закон о основама својинскоправних односа посвећује само два члана одржају као оригинарном начину стицања права својине. Наиме, његовим чл. 28 прописани су услови за стицање права својине одржајем, како за покретне тако и за непокретне ствари. Услови у погледу квалитета државине се не разликују, односно законодавац предвиђа и редовни и ванредни одржај у оба случаја. Разликују се рокови.

У поменутом чл. 28 законодавац посвећује два става непокретним стварима. Ставом 2 прописано је да „савестан и законити држалац непокретне ствари, на којој други има право својине, стиче право на тој ствари одржајем протеком десет година“. Истим чланом, ст. 4, прописано је да „савестан држалац непокретне ствари, на којој други има право својине, стиче право својине на тој ствари одржајем протеком 20 година“. Како је чл. 29 ЗОСО брисан, тај закон одржају посвећује још само један члан, чл. 30, којим је регулисано питање почетка, истека рокова, урачунавања времена, прекида и застоја.

Иако су квалитети државине, то јест законитост, савесност и неманљивост, услови за стицање права својине редовним одржајем, њихову дефиницију налазимо тек у Глави V ЗОСО (која је посвећена државини), тачније чл. 72. У чл. 72, ст. 1 под законитом државином подразумева се она државина која се заснива на пуноважном правном основу који је потребан за стицање права својине и ако није прибављена силом, преваром или злоупотребом поверења, док се у ст. 2 савесна државина дефинише као она када држалац не зна или не може знати да ствар коју држи није његова. Цитирани члан заслужује бар три, најблаже речено, критике, што је и неспорно у теорији. То из разлога што се дефиниције квалитета државине налазе у глави која је посвећена државини, а не својини, те би се стога могло очекивати да поменуте дефиниције буду уопштеније, те да се не своде на својинску државину. Прво, законодавац појам законите државине[19]

[18] Закон о основама својинскоправних односа – ЗОСО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 і 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС* бр. 115/2005 – др. закон.

[19] За ванредни одржај законитост се не захтева, али она улази у појам савесности државине. Такође, законитост се не захтева ни за одржај стварних служ-

своди на појам законите својинске државине, што је нетачно. Наиме, државина може бити законита а да није својинска већ државина права. Друга критика је да законодавац погрешно сматра да је услов законитости и то да државина није мањлива. То је погрешно због тога што државина може бити законита а права, као и законита мањлива. Наиме, државина се, према критеријуму њене правне заснованости, дели на закониту и незакониту, а према критеријуму начина на који је прибављена, на праву и мањливу.[20] Једино оправдање за такво законодавно решење могло би бити у томе што је законодавац на том месту имао у виду само редовни одржај као начин стицања права својине, за који се захтева и законитост и немањливост државине, те је истовремено изразио став да у случају ванредног одржаја (што сматрамо дискутабилним) права државина није услов стицања права својине. Уколико би се то објашњење прихватило, оно би довело до још једне критике тог члана, која би се састојала у томе што се чл. 72, који би требало да буде општи члан за институт одржаја, може применити само на ситуације стицања својине одржајем, а не и на стварне службености, јер се за њих захтева само права државина и протек рока (јер тада не бисмо познавали појам праве државине као одвојен од ширег појма законите државине). Трећа критика се односи на дефиницију савесности коју законодавац поново непотребно сужава само на државину ствари, заобилазећи тако ситуацију савесне државине права.

Иако не спадају у део нашег позитивног права[21], није наодмет поменути ни решења садржана у Нацрту законика о својини и другим стварним правима[22] и Нацрту грађанског законика Републике Србије[23]. Наиме, Нацрт законика о својини и другим стварним правима далеко детаљније регулише институт одржаја као начина стицања права својине, тачније десет чланова је посвећено питању стицања својине одржајем. Прва новина у односу на ЗОСО јесте та

беноcти, будући да законодавац не разликује редовни и ванредни одржај стварних службености, већ уз праву државину захтева још само протек рока од двадесет година.

20 Станиша Пауновић, „Одржај (Usucapio)“, *Бранич, Часопис Адвокатске коморе Србије* 1–2/2008, 135.

21 Посматрамо ли институт одржаја и историјскоправно, видећемо да српски Грађански законик (СГЗ) о одржају говори у Глави VI, коју насловљава „О застарелости“, па у чл. 922 дефинише застарелост као „опредељење закона, по коме један због неупотребљења за неко подуже време право губи, а други са самим употребљењем добива и прибавља“. У чл. 926 и 927 се за стицање својине одржајем захтева законита, савесна и права државина, док су у чл. 928 и 929 прописани рокови, и то три године за покретне ствари, а десет година, односно двадесет четири године за непокретне ствари.

22 *https://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html*, 14. септембар 2018.

23 *https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf*, 14. септембар 2018.

што Нацрт познаје три врсте одржаја, који се међу собом разликују по условима за квалитет државине, с једне стране, али и дужини рокова, с друге стране. Како су предмет нашег интересовања непокретне ствари, пажњу ћемо посветити пре свега чл. 122 Нацрта, којим је прописано да својину непокретне ствари стиче: 1. савесни, законити и исправни држалац који десет година врши својинску државину; 2 савесни и законити или савесни и исправни држалац који је врши петнаест година, односно 3. савесни држалац који је врши двадесет година. За стицање својине на покретним стварима предвиђени су исти услови за квалитет државине, а разлика постоји само у дужини прописаних рокова.[24]

Нацрт грађанског законика Републике Србије у Књизи трећој (Стварно право) посвећује одржају Четврту главу, тачније десет чланова. Нацрт грађанског законика не одступа од текста ЗОСО када су у питању услови за стицање својине редовним и ванредним одржајем. Нова врста одржаја уведена је чл. 1724 Нацрта. У питању је тзв. апсолутни одржај[25] који подразумева стицање својине одржајем на стварима у својини Републике Србије, аутономне покрајине, јединице локалне управе и управе, цркава и верских заједница.[26]

С обзиром на значај који има упис права својине стечене одржајем, неопходно је поменути и одредбе Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова.[27] Наиме, чл. 3 тог закона прописано је да се у „случајевима одређеним законом, својина и друга стварна права на непокретностима и водовима могу стећи и пре уписа у катастар, али да и тада тек уписом производе правно дејство према трећим савесним лицима“. У случају стицања својине одржајем, упис у катастар непокретности нема конститутивно већ декларативно дејство, што значи да упис има само значај публиковања права, односно да се тек од тренутка уписа одржајем стечено право својине може супротставити трећим лицима. С друге стране, право својине се стиче тренутком испуњења свих услова предвиђених ЗОСО, тачније

[24] Чл. 121 Нацрта законика о својини и другим стварним правима.

[25] Слично се предвиђа и у СГЗ, у чл. 931: „У смотрењу оних добара, која или Правитељству или цркви, или општинама принадлеже, за која су особити управитељи и руковатељи опредељени, изискује се за застарелост дуже него обично време; тако за прокретне ствари 6 година, за непокретна добра, ако су на име притежаочево у баштинске књиге уведена, изискује се 12 година, ако ли у књиге баштинске на име притежаочево уведена нису, иште се 36 година.“

[26] Рокови се разликују зависно од тога да ли је реч о покретним (шест година/двадесет година) или непокретним стварима (двадесет година/четрдесет година), односно зависно од врсте одржаја, то јест захтеваних квалитета државине). Тај члан представља алтернативу чл. 1723 којим је прописано ограничење стицању својине одржајем, у смислу што се одржајем не може стећи право својине на јавним добрима и стварима изван правног промета.

[27] Закон о поступку уписа права у катастар непокретности и водова, *Службени гласник РС*, бр. 41 од 31. маја 2018.

истеком рока, односно протеком времена у којем је држалац имао државину одређеног квалитета. У питању је, дакле, тзв. ванкњижна својина[28] која постаје „књижна" тек тренутком уписа. Тако Врховни суд Србије у једној одлуци[29] наводи да се „по самом закону одржајем стиче право својине на непокретној ствари у тренутку када наступе оне правне чињенице на које закон надовезује непосредно стицање права својине, па упис тако стечене својине у земљишне књиге на основу утврђујуће пресуде има декларативно дејство а не конститутивни карактер".[30] Дакле, сам упис у катастар непокретности не може стицаоцу дати ништа више од онога што је већ стекао.[31]

Поставља се питање због чега се у цитираном чл. 3 инсистира на појму савесности јер извршени упис мора производити дејство према свим трећим лицима. Наиме, нико се не може позивати на то да му извршени упис није био познат, с обзиром на јавност катастра непокретности.

Поједини аутори указују на непотпуност одредаба ЗОСО (односно, раније Закона о основним својинскоправним односима) када је у питању институт одржаја, те сматрају да „и судска пракса може формирати и друге врсте одржаја, са другачијим претпоставкама (у погледу својстава државине и потребног времена) него што су оне предвиђене чл. 28 и 54 ЗОСПО".[32] Не бисмо се сложили са тим ставом да судска пракса може стварати нове видове одржаја, мимо оних предвиђених Законом. Друго је питање да ли је целисходно у наше позитивно право увести видове одржаја који би подразумевали другачије услове за квалитет државине и рокова.

3. О ОДРЖАЈУ КАО НАЧИНУ СТИЦАЊА СВОЈИНЕ

3.1. Увод

Одржај је установа друштвеног поретка која забрањује разилажење између државине и права својине на једној ствари, усклађујући их након протека одређеног времена.[33]

---

[28] Више о појму ванкњижне својине вид. Катарина Доловић, „Савесност као услов стицања права својине", *Правни живот* 10/2017.

[29] Врховни суд Србије, Рев. 175/88. Слично и: пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4903/97 од 22. јула 1998, *Intermex* судска пракса.

[30] У том смислу вид. и Tatjana Josipović, *Property and Trust Law*, Kluwer, 2013, 192.

[31] Борис Визнер, *Грађанско право*, Београд 1962, 283.

[32] Владимир Водинелић, *Одржај – упоредноправно*, магистарски рад, Београд 1981, 354.

[33] P. Malaurie, L. Aynès, 165.

Одржај представља оригинарни начин стицања права својине, што значи да стицалац своје право својине не заснива на праву претходника већ постаје власник независно од права својине које је на тој ствари имао претходник.[34] Оригинарни начин стицања својине представља изузетак у односу на дериватно стицање које је правило, али и најчешћи начин стицања својине.

Под појмом стицања својине од невласника у ширем смислу, осим стицања својине на покретним стварима на основу уговора са невласником, подразумева се и стицање својине одржајем и стицање на основу примене начела поуздања у катастар непокретности, те заштите трећих савесних лица од неистинитости и непотпуности катастра непокретности. У данашњим правима постоје три решења проблема стицања од невласника: 1. неограничена реивиндикација; 2. неограничено стицање од савесног стицаоца и 3. средње решење, које се налази између два наведена, по којем се под одређеним условима може одступити од принципа да нико не може на другога пренети више права него што сам има.[35] Наше право прихвата трећу могућност.

Одржај је начин стицања својине на основу закона, то јест правних чињеница[36] предвиђених законом. Мисли се на законски начин стицања у неком ужем смислу јер су сви начини стицања својине прописани, па самим тим и регулисани законом.[37] Законодавац, дакле, набраја важније посебне начине стицања права својине по самом закону, где смешта и одржај, то јест важније посебне начине оригинарног стицања права својине, а истовремено оставља могућност стицања права својине и у другим случајевима (дакле, мимо ових набројаних) одређеним законом.[38]

---

34 М. Ведриш, П. Кларић, 193.

35 Томислав Винш, *Стварно право*, Косовска Митровица 2004, 99.

36 „...увек се стицање догађа на основу неке правне чињенице која је правна баш зато што јој тај квалитет даје закон“, Обрен Станковић, „Стицање својине“, *Анали Правног факултета у Београду* 5–6/1979, 426.

37 Наиме, чл. 20, ст. 1 ЗОСО прописано је да се право својине може стећи по самом закону, на основу правног посла и наслеђивањем. Ставом 2 истог члана прописано је да се право својине стиче и одлуком државног органа на начин и под условима одређеним законом. Чланом 21 истог Закона предвиђено је да се право својине по самом закону стиче стварањем нове ствари, спајањем, мешањем, грађењем на туђем земљишту, одвајањем плодова, одржајем, стицањем својине од невласника, окупацијом и у другим случајевима одређеним законом.

38 Драгољуб Стојановић, Димитар Поп-Георгиев, *Коментар Закона о основним својинско-правним односима*, Београд 1983, 72.

3.2 Права трећих

По правилу, узукапиони држалац стиче право својине на ствари без икаквих терета, осим у случају несавесности, односно уколико му је било познато да постоје одређени терети, они неће престати упркос стицању права својине одржајем.[39] Држалац мора бити савестан у погледу терета све време трајања одржаја.[40] Објашњење лежи у томе што је одржај оригинарни начин стицања својине, којим се право својине стиче изворно, а не изводи се из права претходника, већ се „стиче онолико колико се поседује".[41] Дакле, „нема континуитета између његове и раније својине.[42] Формулација „онолико колико се поседује" могла би значити једино посматрање понашања узукапионог државоца, у смислу његових апрехензионих радњи, те се у том смислу може сматрати да се одржајем стиче оно право чију садржину је држалац и вршио у законом прописаном року. Дакле, „обим својине стечене одржајем одговара обиму државине".[43] Међусобне односе претходног власника и лица чија су права престала због стицања права својине требало би регулисати правилима облигационог права.[44]

4. ПОЉЕ ПРИМЕНЕ ИНСТИТУТА ОДРЖАЈА У ПРАКСИ

4.1. Увод

Очигледно је да одржај у савременим правним порецима не игра онолико важну улогу као некад.[45] То је посебно изражено у правним системима са уредно вођеним регистрима непокретности, у којима сам упис има значај стицања права својине.[46] Развој неких других правних института који пружају заштиту поверењу у промету, па у правном поретку имају исте или сличне функције као одржај, учинио је да се поље примене одржаја свело само на оне случајеве у којима ти правни институти не делују или бар не делују брже од одржаја.[47] Међутим, одржај и даље наставља да игра важну улогу у

[39] N. Gavella, 557.

[40] Драгољуб Лазаревић, *Коментар Закона о основама својинско-правних односа*, Београд 2012, 177.

[41] *Ibid.*

[42] Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Београд 1980, 202.

[43] Д. Стојановић, 139; А. Гамс, 207.

[44] Д. Лазаревић, 177.

[45] P. Malaurie, L. Aynès, 165.

[46] Christian Larroumet, *Droit civil, Les Biens, Droits reels principaux*, Paris 2006, 354.

[47] N. Gavella, 159.

доказивању права својине, али и стицања права својине на покретним стварима (свакако као супсидијеран у односу на стицање од невласника).[48]

Државалац који ствар није прибавио од власника, те самим тим није постао власник деривативним путем, по правилу је узурпатор права својине или, с друге стране, државалац који верује да је власник ствари.[49] Само у другом случају државалац ће имати шансу да својину ипак стекне, али оригинарним путем. За разлику од тог решења, које је прихваћено у нашем праву, француски Грађански законик и у првом случају дозвољава примену института одржаја уз рок од тридесет година.[50]

Да бисмо говорили о пољу примене института одржаја, морамо поћи од тога да наш ЗОСО, када је у питању стицање својине (за разлику од стицања права службености), познаје редовни и ванредни одржај. Сама чињеница да постоје две врсте одржаја које се разликују по условима који морају бити испуњени отвара простор за посматрање две врсте различитих ситуација у којима би се, по слову нашег Закона, могла стећи својина одржајем.

4.2. Врсте одржаја с обзиром на услове неопходне за стицање права својине – редовни и ванредни одржај

4.2.1. Увод

Када је у питању институт одржаја, не постоји јединствени режим већ он варира зависно од врсте одржаја, која опет зависи од квалитета државине и дужине рокова.[51] Међутим, у случају стицања својине одржајем ипак се може говорити о општим условима који морају бити испуњени без обзира на врсту одржаја у конкретном случају. О томе најбоље сведочи чл. 2262 француског Грађанског законика који даје одговор на питање како се то ствар мора држати да би такав посед могао бити основ за примену института одржаја. Наш ЗОСО, али ни поменути нацрти не садрже сличну одредбу. Наиме, чл. 2262 прописује да „les actes de pure faculté“ и „les actes de simple tolérance“ не могу представљати не само основ одржаја већ ни државине. Наиме, у питању су понашања узукапијента која нису у супротности са правима других,[52] односно нису супротстављена праву својине правог власника.

[48] P. Malaurie, L. Aynès, 165.

[49] J-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, 239.

[50] Вид. чл. 2272 француског Грађанског законика: Le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans. Toutefois, celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans.

[51] Christian Atias, *Droit civil, Les biens*, Paris 2014, 248.

[52] J-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, 240.

Када је у питању домен примене института одржаја, у нашој литератури се с правом истиче да одржај може надоместити чињеницу да претходник није власник (у већем броју случајева него стицање од невласника које се односи само на покретне ствари, док се одржајем може стећи право својине и на покретним и на непокретним стварима), али и чињеницу да не постоји пуноважан правни основ усмерен на пренос права својине.[53] У сваком случају, међутим, узукапијент мора показати вољу да ствар држи као своју.[54] У првом случају се, дакле, има у виду редовни, а у другом ванредни одржај.

4.2.2. Редовни и ванредни одржај

4.2.2.1. Увод

Првенствена функција одржаја је да онога ко није титулар права својине учини власником.[55]

Редовни одржај представља супсидијерни начин стицања, односно омогућава стицање ако право није стечено одређеним видом којим се иначе може стећи. Тај одржај тако спада (по правилу) у начине стицања права својине од невласника.[56] По правилу, своју примену има онда када нису испуњени услови за деривативно стицање права својине.

Ванредним одржајем, с друге стране, може се отклонити и недостатак који се огледа у непостојању/неваљаности *titulusa*, а не само чињеница да претходник није власник. Могућ је, дакле, и као супсидијерни начин стицања у случају када правни основ постоји али није ваљан, али и као самосталан вид стицања, када због непостојања правног основа долази, на пример, до савесног држања туђе непокретности[57] (захватимо део суседове парцеле верујући да је наш).

Дакле, у случају примене института одржаја могло би се закључити да је небитно да ли је државина стечена од власника (битно је да се верује да је претходник био власник) уколико су испуњени услови за квалитет државине и прописани рокови.

---

[53] Милош Живковић, „Стицање права својине (посебно на непокретностима)“, *Промене стварног права у Србији*, Институт за упоредно право, Београд 2004, 85.

[54] Ch. Atias, 248.

[55] Владимир Водинелић, „Одржај – разматрања поводом Нацрта Закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима“, *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1979, 404.

[56] Тако се у француском праву тзв. скраћени одржај, за који се захтевају и законитост и савесност, сматра начином стицања својине од невласника. Уместо многих вид. François Terré, Philippe Simle, *Droit civil, Les Biens*, Paris 2014, 371.

[57] В. Водинелић (1979), 404.

4.2.2.2. Законитост као услов стицања права својине одржајем

Редовни и ванредни одржај (осим дужине прописаних рокова) разликује то што се за примену редовног одржаја захтева законитост државине. Законита државина је она која се заснива на пуноважном правном основу подобном за стицање оне врсте права чију садржину државалац врши. Законита својинска државина је, пак, управо оно што наш законодавац има у виду, односно државина стечена на правном основу подобном за пренос права својине.[58] *Argumentum a contrario*, незаконита државина била би она која је настала без правног основа или на правном основу који није пуноважан или на правном основу који није подобан за стицање оног права које се врши.[59]

Француска теорија сматра да је неопходно, да би се радило о редовном одржају, да је у питању правни основ код којег онај из чијег би права требало изводити право својине није власник ствари (l'auteur du titre), јер одржај управо отклања овај недостатак (али само овај!), те да, у супротном, одржај не би имао каузу.[60] Међутим, упркос томе што редовни одржај, по правилу, представља стицање од невласника, у одређеним ситуацијама може имати примену и у случају стицања од власника, због тога што постоје одређене тешкоће у погледу уписа у регистар непокретности. Стога би се могло рећи да одржај представља начин стицања својине за који је небитно да ли се државина стиче од власника, односно уколико је могуће одржајем стећи од невласника, онда је тек могуће применити тај институт и у случају стицања од власника (у ситуацији када постоји неки недостатак који онемогућава деривативно стицање, што ће у случају непокретности бити проблем уписа у катастар непокретности).

Две особине правни основ мора имати како би се могло сматрати да је испуњен услов законитости: прво, могућност преноса права својине, а друго ваљаност, то јест пуноважност.[61] Што се тиче првог услова, као примери правног основа у француској литератури се наводе продаја, поклон, размена, легат, јавна продаја, уступање имовине наследницима, давање уместо плаћања.[62] Што се, пак, тиче другог услова, сви услови који се захтевају за постојање и пуноважност правног посла код деривативног начина стицања својине захтевају се и овде.

Неспорно је да се у највећем броју случајева под појмом правног основа подразумева уговор те да је смисао редовног одржаја

[58] Чл. 72 ЗОСО.

[59] Даница Попов, „Квалификована државина у функцији стицања права својине одржајем", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2011, 112.

[60] P. Malaurie, L. Aynès, 171.

[61] J-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, 257–259.

[62] Уместо многих вид. *ibid*, 257.

управо у томе да отклони недостатак услед којег није дошло до уговорног стицања.[63]

Међутим, на овом месту се отвара питање појма „правног основа" у смислу чл. 72 ЗОСО. Наиме, да ли се под појмом правног основа мисли само на уговор или, пак, на правни посао или се можда појам правног основа схвата и шире од појма правног посла?

Пракса наших судова иде у смеру изједначавања појмова правног основа и правног посла, те тако Врховни суд Србије у својој пресуди закониту државину дефинише као ону државину која се заснива на пуноважном правном послу.[64] Такође, у теорији се сматра неспорним да појам правног посла, као шири од појма уговора, улази у појам правног основа у смислу одредбе чл. 72 ЗОСО.

У случају да је државина ствари стечена на основу судске одлуке, увек би био испуњен услов законитости јер би се у супротном доводила у питање истинитост садржине донете пресуде. Стога, када се говори о судској одлуци као правном основу за стицање права својине, онда се својина стиче у тренутку правноснажности судске одлуке. Стога овде не би ни било места примени института одржаја чији је циљ да отклони неки недостатак у стицању. С друге стране, када се право својине стиче у неком другом, а не у тренутку правноснажности судске одлуке, судска одлука и не представља основ стицања (на пример, судска одлука којом се само утврђује да је право својине већ раније стечено, на пример, одржајем или је, пак, реч о судској одлуци чији је циљ само да замени *clausulu intabulandi*).

У случају наслеђивања може се говорити о тестаменталном и законском наслеђивању. Како је тестамент једнострани правни посао, он као правни посао неспорно улази у појам правног односа. Ту би било места примени института одржаја у ситуацији када оставилац није био власник, те није могло доћи до стицања права својине тестаментом. Уколико је државина оставиоца била незаконита, било би места примени само ванредног одржаја. С друге стране, чини се да би било места и законском наслеђивању у оквиру појма правног основа, у случају када оставилац није био власник ствари, при чему би законитост државине наследника зависила од тога каква је била (у погледу правне заснованости) државина оставиоца.[65]

---

63 Пракси наших судова није непознат став да су уговори закључени са невласником ништави, што је потпуно погрешно схватање јер не одговара дефиницији ништавих уговора. Вид. Miloš Živković, „Acquisition of Ownership of Real Property by Contract in Serbian Law – Departing from the Titulus – Modus System?", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3/2015, 119–120.

64 Уместо многих вид., на пример, Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 5260/98 од 3. новембра 1999. Исто и пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 3965/10 од 8. марта 2011.

65 Вид. о томе више у: Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд 1999, 86; Д. Стојановић, Д. Поп-Георгиев, 206–207. То је неспорно владајуће мишљење у нашој теорији, мада би се могло отворити и питање да ли баш нужно

4.2.2.3. Савесност као услов стицања права својине одржајем („степенаста савесност“)

Када је у питању стицање права својине одржајем у смислу одредаба ЗОСО, савесност би представљала неопходни минимум испуњености услова. Дакле, по слову Закона, држалац или не зна или не може знати да ствар коју држи није његова.[66] Сматрамо да би на овом месту уместо везника „или“ требало да стоји везник „и“ јер је битно да држалац и не зна и није могао знати да није власник ствари коју држи. У супротном би се тако сматрао савесним онај ко не зна али је могао сазнати да није власник ствари (није извршио увид у јавни регистар те не зна, али да је извршио увид, могао је сазнати да је купио од невласника).

Међутим, када су у питању стварне службености, законодавац не само да не разликује редовни и ванредни одржај већ за стицање права стварне службености одржајем не захтева ни савесност ни законитост.[67] Иако законодавац даје јединствену дефиницију савесности, не разликујући притом редовни и ванредни одржај, у теорији је неспорно да се савесност код ванредног одржаја схвата другачије (шире) него код редовног одржаја, чиме се надомешћује чињеница да законитост није један од услова код ванредног одржаја (законитост мора бити елемент свести код ванредног одржаја).[68]

Анализирајући судску праксу може се приметити да се одржајем најчешће настоје отклонити недостаци уговорног покушаја стицања права својине на непокретности те да је, по правилу, реч о ситуацији када на основу уговора (тачније, правног посла) није извршен упис права својине у регистар непокретности.[69] Поставља се питање како се може занемарити чињеница непознавања обавезе уписа у катастар непокретности као услова стицања права својине на непокретности прописаног Законом те и такав стицалац сматрати савесним[70] стицаоцем којем се дозвољава да постане власник ствари

законитост државине наследника зависи од законитости државине оставиоца, али би то превазилазило постављене оквире рада.

[66] Чл. 72 ЗОСО.

[67] Чл. 54 ЗОСО.

[68] Више о појму савесности код редовног и ванредног одржаја вид. у: О. Станковић, М. Орлић, 87–89 и 91.

[69] Такав став је заступљен и у теорији, вид. *ibid.*, 90. „Ванкњижни одржај заснива се на ванкњижној државини која није праћена и земљишнокњижним преносом, а могућ је како на подручју на којем се воде земљишне књиге, тако и на подручју на којем важи тапијски систем.“

[70] Вид. супротно, *ibid.* За испуњеност услова савесности цитирани аутор сматра довољном чињеницу да је друга уговорна страна уписана као власник у регистар непокретности. Сматрамо ипак да право својине не може бити стечено на основу уговора, на начин што би одржај надомештавао недостатак уписа у регистар, јер

применом института одржаја (*ignorantio iuris nocet*).[71] Разлог лежи у томе што код нас „идеал јавних регистара никада није држан тако високо".[72] Неспорно је ипак да би се овде могло говорити о неком блажем[73] виду несавесности (те смо у том смислу овај одељак и насловили „Степенаста савесност"), али ипак о непостојању савесности као услову за позивање како на редовни тако и на ванредни одржај (мада су овде могућа и другачија решења,[74] али би то водило увођењу нових видова одржаја те значајним изменама постојећих одредаба важећег Закона).

Тај став посебно постаје значајан уколико се пође од начела обавезности уписа у катастар непокретности, које је уведено успостављањем јединствене евиденције у Републици Србији, али је, с друге стране, истовремено и непотребан имајући у виду решења недавно донетог Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова.[75] Наиме, имајући у виду чл. 22 поменутог закона те обавезу јавних бележника да по службеној дужности катастру непокретности достављају одговарајуће исправе ради уписа, не само да се доводи у питање појам *modus acquirendi* већ постаје немогуће да институт одржаја надомести недостатак извршеног уписа у катастар.

Међутим, некада ипак одржај може имати ту улогу да „мења" *modus acquirendi* који недостаје. О томе би се могло говорити у три групе ситуација: прво, када на подручју на којем се непокретност налази не постоји регистар непокретности,[76] друго, када постоји регистар непокретности али сама непокретност из одређеног разлога не може бити уписана, и треће, када постоји регистар непокретности, уписана је и непокретност али се стечено право својине не може уписати (недостаје одговарајућа исправа). То би представљало одступање од правила да примени редовног одржаја има места само у случају стицања од невласника јер је овде небитно да ли је државина стечена од власника или невласника. Та чињеница ипак може бити значајна, али о томе ће бити речи у даљем тексту.[77]

уколико постоји регистар непокретности, непознавање права шкоди те ствара несавесност.

[71] Meliha Povlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo 2009, 100.

[72] В. Водинелић (1981), 378.

[73] Због тога што је овде ипак реч о несавесности која се односи на сам *modus acquirendi*, а не, на пример, на *titulus*. Међутим, одржај не може бити замена за *modus acquirendi*.

[74] Вид., на пример, В. Водинелић (1981), 372–381.

[75] Чл. 22 Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова.

[76] Што данас представља само једну теоријску ситуацију, будући да је територија Републике Србије покривена катастром непокретности.

[77] Вид. део о врстама одржаја с обзиром на упис у регистар непокретности.

Такође, не може се говорити да је узукапијент савестан те да је уверен да је он власник непокретности коју држи у ситуацији када је уговор о продаји непокретности закључен са лицем које није уписано у катастар непокретности као власник већ је у катастру уписано друго лице. Наиме, не стоји став да се не може знати да се купује од невласника у ситуацији када је у регистру непокретности друго лице уписано као власник, а не оно са којим је уговор закључен.[78] Тим пре, из истог разлога (неприхватања контратабуларног одржаја), одржај не би могао да буде примењен у ситуацији када би, осим савесности, на страни узукапијентове државине недостајао и правни основ.[79] Тај став, међутим, може бити доведен у питање у ситуацији ванкњижног стицања права својине (сам одржај то потврђује, али и други облици оригинарног стицања својине) када се преносилац стицаоцу легитимисао као ванкњижни власник, што би стицаоца учинило савесним без обзира на стање у регистру.

Чини се да би на самом крају овог поглавља требало отворити још и питање сазнања података који постоје у регистру непокретности. Ако се за постојање савесности на страни државаоца захтева да држалац не зна или не може знати да ствар није његова, онда се то не би смело односити само на својину преносиоца већ и на самог државаоца. Наиме, како држалац може бити савестан и веровати да је ствар његова ако није уписан у регистар као власник? Дакле, савесност не би требало да се протеже само на знање о преносиоцу већ и о себи (државаоцу).

4.2.2.4. Права државина као услов стицања права својине одржајем

Манљива државина не може довести до стицања својине одржајем. То правило је изричито прописано, на пример, у италијанском Грађанском законику.[80] Када је у питању наше право, чини се да је више оних аутора који сматрају да се за примену редовног одржаја захтева законита, савесна и права државина, док се на ванредни одржај може позивати и онај чија је државина само савесна. Разлог за то се вероватно налази у законском тексту, али на критике тих одредаба већ смо указали. Има, међутим и оних који, вероватно ослањајући се на италијанску литературу, сматрају, чини се с правом, да права (исправна) државина мора увек бити услов за

[78] Потпуно супротан став вид. у пресуди Апелационог суда у Нишу, Гж. 1654/2017 од 2. марта 2017.

[79] Вид., на пример, пресуду Основног суда у Пријепољу П. 421/10 од 8. новембра 2011. и решење Апелационог суда у Крагујевцу Гж. 974/12 од 19. априла 2012; пресуду Апелационог суда у Нишу Гж. 1090/13 од 3. децембра 2013, *Intermex* судска пракса.

[80] Чл. 1163 италијанског Грађанског законика.

стицање својине одржајем.[81] Такав став правдају захтевима морала те сматрају да мањлива државина не може довести до стицања права својине одржајем јер је државина стечена на начин који правни поредак не одобрава, те подсећају да мањлива државина не може довести до стицања права својине ни деривативним путем.[82]

4.3. Врсте одржаја с обзиром на упис у јавне регистре

4.3.1. Увод

Пре анализе врсте одржаја с обзиром на критеријум уписа у катастар непокретности, неопходно је раздвојити неколико ситуација:[83] прво, када на одређеној територији постоји јавни регистар те постоји могућност уписа непокретности и права својине на њој; друго, када је на одређеној територији основан регистар непокретности, али из одређених разлога није могуће извршити било упис саме непокретности, било упис права својине, и треће, када на подручју на којем се налази конкретна непокретност није устројен регистар непокретности (трећа ситуација је више теоријска могућност јер је Република Србија покривена катастром непокретности у потпуности).

У првој ситуацији, дакле, уколико је на основу правног посла са власником извршен упис у регистар непокретности, право својине је стечено тренутком уписа у складу са начелом уписа. Уколико је, пак, на основу правног посла са невласником који је уписан у регистар као правни претходник извршен упис права новог стицаоца, били бисмо на терену табуларне државине, односно тзв. књижног одржаја. Трећа „подситуација" била би она у којој постоји правни посао као правни основ стицања, али није извршен упис у катастар. Поједини аутори, али и већи део судске праксе, управо овде виде место за примену ванкњижног одржаја као начина стицања својине који би „заменио" изостали *modus acquirendi*, и то без обзира на то да ли је реч о правном послу предузетом са власником или невласником. Већ смо у делу рада посвећеном појму савесности образложили због чега сматрамо да у описаном случају не би било места примени института одржаја, и то због несавесности узукапијента.

У другој ситуацији би на подручју на којем се налази непокретност постојао јавни регистар, али би из одређених разлога било немогуће било уписати саму непокретност или би, пак, сама непо-

---

81 Зоран Рашовић, *Стварно право*, Београд 2005, 158.

82 *Ibid.*, 163.

83 Упор. *Нови Закон о извршном поступку* (ред. Драгор Хибер), „Предговор уз Нацрт Закона о извршном поступку", Центар за либерално-демократске студије, Београд 2004, 61.

кретност била уписана, али би постојале тешкоће код уписа права својине. Овде би се одлучујући критеријум за примену института одржаја, чини се, односио на то да ли је у питању стицање од невласника или власника. Уколико би то било стицање од невласника, једини пут ка својини био би институт одржаја. У другом, пак, случају, када би постојао неки „оправдан" разлог за немогућност уписа (недостаје одговарајућа исправа неопходна за упис), можда би се могло наћи и неко друго решење за стицање права својине, односно други тренутак стицања својине, а не протек рокова неопходних за одржај.

О трећој ситуацији би се могло говорити само теоријски, будући да је катастар непокретности устројен на целокупној територији Републике Србије. Уколико бисмо ипак анализирали и ту могућност те ситуацију у којој на одређеном подручју не би постојао регистар непокретности, онда би требало сматрати да је право својине стечено у тренутку предузимања правног посла те уласка у посед непокретности јер би у ситуацији када постоји објективна немогућност уписа у катастар непокретности било неправедно условити стицање права својине протеком рокова за одржај.

4.3.2. Ванкњижни одржај

У нашем праву, имајући у виду позитивноправне прописе Републике Србије, чини се да има места само за примену института ванкњижног одржаја. Пођемо ли, пак, од нечега што би представљало идеал, а то су уредно вођени регистри непокретности, непостојање ситуација у којима би постојале тешкоће за упис у виду недостатка одговарајућих исправа потребних за упис, не би било простора ни за овај вид одржаја, а самим тим и за институт одржаја уопште.

Ванкњижни одржај би могао да се примењује онда када на подручју на којем се непокретност налази постоји устројен регистар непокретности (то је данас целокупна територија Србије), али конкретна непокретност није уписана или јесте уписана али недостају подаци о власнику. Тада би на страни стицаоца био испуњен услов савесности јер се „право стање" није ни могло проверити увидом у катастар.

Стицалац којем би недостајао *modus acquirendi*, због тога што није могао уписати право својине због недостатка одговарајуће исправе или због тога што је било немогуће извршити упис саме непокретности, стицао би својину одржајем. То би био случај у ситуацији стицања од невласника, док би се у случају стицања од власника могло поставити питање да ли стицаоцу треба „олакшати" пут стицања својине (на пример, транслативно дејство уговора, упис државине у катастар те стицање својине специфичном врстом књижног одржаја

или „олакшани“ услови за упис у регистар...) или, пак, и стицање права својине оног стицаоца који је стекао од власника треба условити протеком рока за одржај.

4.3.3. Такозвани земљишнокњижни одржај

Земљишнокњижним одржајем (тзв. табуларна државина) „претвара се чињеница уписа у субјективно право које је већ уписано, али из неког разлога није било стечено већ у часу уписа“.[84]

Како се начела уписа и поуздања међусобно допуњавају, дејство начела поуздања ће наступити само онда када у односу на спроведени упис (због неваљаности) нису наступила дејства уписа.[85]

Тако се у ситуацији када је извршен упис у регистар непокретности, који из неког разлога није ваљан (претходник није био власник), не примењује начело уписа већ начело поуздања у јавни регистар. Тада се поставља питање тренутка од када почиње да дејствује начело поуздања у, раније, земљишне књиге, а данас, у катастар непокретности. Пре увођења јединствене евиденције, тренутак отпочињања дејства начела поуздања у истинитост спроведеног уписа наступао је након три године од извршеног уписа, што је био рок у којем се могла подићи брисовна тужба, те рок након којег је наступала фикција апсолутне тачности и рок за земљишнокњижни одржај.[86] Садашњи Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова не познаје брисовну тужбу и фикцију апсолутне тачности већ само начело поуздања у катастар непокретности[87], па је тако треће лице заштићено начелом поуздања одмах, односно тренутком уписа. С друге стране, неспорно је да поуздање у потпуност[88] катастра непокретности дејствује одмах, али проблем се јавља у случају када постоји ванкњижна својина (што се решава на плану супротстављивости ванкњижне својине, те потреби њеног публиковања). Наиме, из угла трећег савесног лица које се поуздало у стање у катастру, садржина катастра јесте потпуна и истинита. Дакле, уз примену начела поуздања у катастар непокретности те непостојање фикције апсолутне тачности не постоји потреба ни за земљишнокњижним одржајем[89] као начином стицања својине.

---

84 N. Gavella, 167.

85 Tatjana Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2011, 134.

86 За табуларну државину вид., на пример, пар. 900 немачког Грађанског законика.

87 Чл. 3 Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова.

88 Раденка Цветић, *Савремена евиденција непокретности*, Нови Сад 2016, 119.

89 Закон о државном премеру и катастру прописује могућност да се у току поступка оснивања катастра непокретности, у случају да нису испуњени услови за

Чак и када би се отворило питање исправности става да у нашем праву више нема места за земљишнокњижни одржај због тога што Закон о катастру прописује да се неваљани упис може нападати жалбом, а у крајњем и покретањем управног поступка, закључак би био да тада не би био испуњен услов савесности. Наиме, у том случају у катастру непокретности би стајала забележба било да решење није коначно, било да није правноснажно[90] или, пак, да је покренут управни спор[91] против другостепеног решења.

Одржај, дакле, данас нема онај значај који је имао у време када су постојале земљишне књиге. Могло би се закључити да уредно вођење катастра непокретности, уз доследну примену начела поуздања те схватање појма савесности трећег лица на начин на који се то чини у модернијим законима који регулишу стварно право (пре свега, без потребе испитивања ванкњижног стања непокретности), потпуно истискују институт одржаја из примене.[92] Сврха одржаја се тако све више своди на доказивање права својине у ситуацијама када је она стечена деривативно, како би се избегло тзв. ђаволско доказивање, али и то поново само за покретне ствари, јер за непокретности извод из катастра представља доказ о постојању права својине.

4.3.4. Контратабуларни одржај

Тај вид одржаја подразумевао би да је институту одржаја дата предност у односу на начело уписа у јавне регистре, тако што би

упис права својине из чл. 96, ст. 1, чл. 97, ст. 1 и 2, чл. 98, ст. 1 и 2, чл. 99, ст. 1 и 2, упише државина у катастар непокретности. Чланом 132 прописано је да се државина држаоца сматра законитом и савесном од тренутка уписа (што значи да су испуњени услови за стицање својине одржајем), док су чл. 133–135 којима је било регулисано питање брисања државине и уписа права својине на парцели, односно објекту и посебном делу објекта, као и упис државине у поступку одржавања катастра непокретности, брисани ступањем на снагу Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова. Чланом 133 било је прописано да се „на захтев лица које је уписано као државалац парцеле... врши упис права својине на парцели у корист тог лица, ако је од почетка примене катастра непокретности протекло пет година...“. Можда би се могло рећи да се овде радило о тзв. земљишнокњижном одржају, са том разликом што је у катастар до истека прописаног рока уписана државина, а не својина, и што истеком рока државалац постаје власник, а код земљишнокњижног одржаја је након рока од три године наступала фикција апсолутне тачности. Међутим, Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова, у чл. 58, прописује да „ако се најкасније до 1. маја 2028. године не стекну законски услови за упис права својине на непокретностима на којима је одређено лице уписано као државалац у складу са Законом о државном премеру и катастру, Служба ће по службеној дужности извршити брисање својства државаоца тог лица и државине на непокретностима“.

[90] Чл. 45 Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова.

[91] Чл. 46 Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова.

[92] Та констатација се не односи на покретне ствари, где институт одржаја и даље има своје поље примене када је у питању стицање права својине.

ефективни држалац непокретности протеком времена стицао право својине, „истиснувши тиме право власништва особе која је у земљишним књигама уписана као власник“.[93]

Неспорно је да у нашем праву нема места за контратабуларни одржај јер услов савесности који ЗОСО захтева у свим случајевима стицања својине одржајем у тој ситуацији не би могао бити испуњен јер се нико не може позивати на то да му стање у јавним регистрима није било познато. Други разлог против постојања поменутог одржаја у нашем праву јесте непрестана тежња ка усавршавању постојећег катастра непокретности, и то обезбеђивањем ажурности на дневном нивоу и улагањем значајних материјалних средстава у катастар.

5. ЗАКЉУЧАК

Очигледно је да одржај у савременим правним порецима не игра онолико важну улогу као некад. Могло би се закључити да уредно вођење катастра непокретности, уз доследну примену начела поуздања те схватање појма савесности трећег лица на начин на који се то чини у модернијим законима потпуно истискују институт одржаја из примене. Међутим, одржај и даље наставља да игра важну улогу у доказивању, али и стицању права својине на покретним стварима (свакако као супсидијеран у односу на стицање од невласника).

Неспорно је да у нашем праву нема места за контратабуларни одржај јер услов савесности који ЗОСО захтева у свим случајевима стицања својине одржајем у тој ситуацији не би могао бити испуњен јер се нико не може позивати на то да му стање у јавним регистрима није било познато. Други разлог против постојања тог одржаја у нашем праву јесте непрестана тежња ка усавршавању постојећег катастра непокретности.

С друге стране, Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова не познаје брисовну тужбу и фикцију апсолутне тачности већ само начело поуздања у катастар непокретности, па је тако треће лице заштићено начелом поуздања одмах односно тренутком уписа. Такође, доношењем поменутог закона брише се могућност да након протека рока од пет година уписани држалац постаје власник. Дакле, уз примену начела поуздања у катастар непокретности те непостојање фикције апсолутне тачности не постоји потреба ни за земљишнокњижним одржајем као начином стицања својине.

Институту одржаја има места онда када у регистру непокретности нема података о конкретној непокретности или је, пак, сама

[93] N. Gavella, 167.

непокретност уписана, али нема података о њеном власнику, јер само тада може да буде испуњен услов савесности. Такође, о примени ванкњижног одржаја могло би се говорити и онда када на подручју одређене територије не постоји јавни регистар.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Atias, C., *Droit civil, Les biens*, Paris 2014.

Bergel, J. L., Bruschi, M., Cimamonti, S., Les Biens, *Traite de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris 2010.

Цветић, Р., *Савремена евиденција непокретности*, Нови Сад 2016. (Cvetić, R., *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad 2016)

Доловић, К., „Суседско право: појам, карактеристике и однос према стварним службеностима", *Страни правни живот* 3/2012. (Dolović, K., „Susedsko pravo: pojam, karakteristike i odnos prema stvarnim službenostima", *Strani pravni život* 3/2012)

Доловић Бојић, К., „Савесност као услов стицања права својине", *Правни живот* 10/2017. (Dolović Bojić, K., „Savesnost kao uslov sticanja prava svojine", *Pravni život* 10/2017)

Гамс, А., *Основи стварног права*, Београд 1980. (Gams, A., *Osnovi stvarnog prava*, Beograd 1980)

Gardner, S., McKenzie E., *An Introduction to Land Law*, Oxford 2012.

Gavella, N., *Posjed stvari i prava*, Zagreb 1990.

Хибер, Д., „Право на мирно уживање имовине, облици његовог угрожавања и могућност поновног успостављања у југословенском праву", *Право људских права* (прир. К. Обрадовић, М. Пауновић), Београд 1996. (Hiber, D., „Pravo na mirno uživanje imovine, oblici njegovog ugrožavanja i mogućnost ponovnog uspostavljanja u jugoslovenskom pravu", *Pravo ljudskih prava* (prir. K. Obradović, M. Paunović) Beograd 1996)

Хибер, Д., *Нови Закон о извршном поступку, Предговор уз Нацрт Закона о извршном поступку*, Центар за либерално – демократске студије, Београд 2004. (Hiber, D., *Novi Zakon o izvršnom postupku, Predgovor uz Nacrt Zakona o izvršnom postupku*, Centar za liberalno – demokratske studije, Beograd 2004)

Josipović, T., *Property and Trust Law*, Kluwer, 2013.

Josipović, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, Загреб 2011.

Larroumet, C., *Droit civil, Les Biens, Droits reels principaux*, Paris 2006.

Лазаревић, Д., *Коментар Закона о основама својинско – правних односа*, Београд 2012. (Lazarević, D., *Komentar Zakona o osnovama svojinsko – pravnih odnosa*, Beograd 2012)

Malaurie, P., Aynès, L., *Les Biens*, Paris 2010.

Marty, G., Raynaud, P., Jourdain P., *Les Biens*, Paris 1995.

Mathieu, M.–L., *Droits biens*, Paris 2013.

Медић, Д., *Ново стварно право Републике Српске*, Бања Лука 2016. (Medić, D., *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, Banja Luka 2016)

Пауновић, С., „Одржај (Usucapio)", *Бранич*, бр. 1–2/2008. (Paunović, S., „Održaj (Usucapio)", *Branič*, br. 1–2/2008)

Попов, Д., „Квалификована државина у функцији стицања права својине одржајем", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2011. (Popov, D., „Kvalifikovana državina u funkciji sticanja prava svojine održajem", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2011)

Повлакић, М., *Трансформација стварног права у Босни и Херцеговини*, Сарајево 2009. (Povlakić, M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo 2009)

Рашовић, З., *Стварно право*, Београд 2005. (Rašović, Z., *Stvarno pravo*, Beograd 2005)

Smith, R. J., *Property Law*, New York 1998.

Станковић, О., „Стицање својине", *Анали Правног факултета у Београду* 5–6/1979. (Станковић, О., „Стицање својине", *Анали Правног факултета у Београду* 5–6/1979)

Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право*, Београд 1999. (Stanković, O., Orlić, M., *Stvarno pravo*, Beograd 1999)

Стојановић, Д., Поп–Георгиев, Д., *Коментар Закона о основним својинско – правним односима*, Београд 1983. (Stojanović, D., Pop–Georgiev, D., *Komentar Zakona o osnovnim svojinsko – pravnim odnosima*, Beograd 1983)

Стојановић, Д., *Стварно право*, Крагујевац 1998. (Stojanović, D., *Stvarno pravo*, Kragujevac 1998)

Terré, F., Simle, P., *Droit civil, Les Biens*, Paris 2014.

Тороман, М., „Право својине у упоредном законодавству", *Страни правни живот* 44/1964. (Toroman, M., „Pravo svojine u uporednom zakonodavstvu", *Strani pravni život* 44/1964)

Vedriš, M., Klarić, P., *Osnove imovinskog prava*, Zagreb 1983.

Винш, Т., *Стварно право*, Косовска Митровица 2004. (Vinš, T., *Stvarno pravo*, Kosovska Mitrovica 2004)

Визнер, Б., *Грађанско право*, Београд 1962. (Vizner, B., *Građansko pravo*, Beograd 1962)

Водинелић, В., „Одржај – разматрања поводом Нацрта Закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима", *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1979. (Vodinelić, V., „Održaj – razmatranja povodom Nacrta Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima na nepokretnostima", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1979)

Водинелић, В., *Одржај – упоредноправно*, магистарски рад, Београд 1981. (Vodinelić, V., *Održaj – uporednopravno*, magistarski rad, Beograd 1981)

Водинелић, В., *Државина, појам, природа, заштита и разлог заштите*, Београд 2015. (Vodinelić, V., *Državina, pojam, priroda, zaštita i razlog zaštite*, Beograd 2015)

Zenati, F., *Droit Civil*, *Les Biens*, Paris 1988.

Живковић, М., „Стицање права својине (посебно на непокретностима)", *Промене стварног права у Србији*, Институт за упоредно право, Београд 2004. (Živković, M., „Sticanje prava svojine (posebno na nepokretnostima)", *Promene stvarnog prava u Srbiji*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2004)

Živković, M., „Acquisition of Ownership of Real Property by Contract in Serbian Law – Departing from the Titulus – Modus System?", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3/2015.

Katarina Dolović Bojić, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

ACQUISITIVE PRESCRIPTION AS A WAY OF ACQUIRING REAL ESTATE OWNERSHIP

Summary

The aim of the paper is to determine the exact field of application of the institute of acquisitive prescription, that is, to find the answer in which situations in practice it is possible to fulfill all the conditions required by the legislator and acquire the ownership by usucapio. The main question raised in the paper is whether there is an actual need for the existence of acquisitive prescription in contemporary Serbian law, bearing in mind that the data in the real estate cadastre has been duly kept. The institute of usucapio has also been analyzed from a perspective of application of the reliance principle on land registry. Certainly one of the most problematic question is the justification (and also the legal basis) of this institute having in mind the idea of the inviolability of ownership.

Key words: *Usucapio. – Possession. – Ownership. – Bona fides. – Reliance principle.*

Article history:
Received: 14.9.2018.
Accepted: 7.2.2019.

УДК 342.729(4)

CERIF: S112

DOI: 10.5937/AnaliPFB1901193S

Др Данило Стевандић*

ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ ОКУПЉАЊА – СТАНДАРДИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Слобода мирног окупљања представља један од облика учешћа грађана у политичком животу заједнице. После указивања на релевантне одредбе Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, у овом раду се прво излаже о основним становиштима Европског суда за људска права о ограничењу слободе окупљања, а затим се испитује усклађеност законских решења у Србији са европским правним стандардима у тој области. Аутор закључује да стандарди Европског суда за људска права афирмишу слободу мирног окупљања као једног од битних захтева демократије. Законом о јавном окупљању (2016) у Србији је значајно унапређен правни оквир за остваривање права на слободу мирног окупљања и постигнут виши ниво усаглашености националног права са правом Европске уније.

Кључне речи: *Јавни скуп. – Ограничење слободе мирног окупљања. – Принцип пропорционалности. – Полиција.*

1. УВОД

Слобода мирног окупљања (у даљем навођењу: слобода окупљања) представља основно људско право које јемче бројни међународни, регионални и национални правни инструменти.[1] Сма-

* Аутор је помоћник начелника Управе полиције у Министарству унутрашњих послова Републике Србије у Београду, *stevandic.danilo@gmail.com*.

[1] Универзална декларација о људским правима, чл. 20, Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода (1950), чл. 11, Међународни пакт о грађанским и политичким правима (1966), чл. 21. Вид. Vojin Dimitrijević, Milan Paunović, Vladimir Đerić, *Ljudska prava*, Beograd 1997, 337–338.

тра се једном од тековина либералне демократије које су општепризнате и неопходне за постојање демократског друштва.[2] Припада првој генерацији људских права и сврстава се у ред политичких права.[3] Њено остваривање је тесно повезано са уживањем других људских слобода и права као што су: слобода удруживања, слобода изражавања, слобода мисли, савести и вероисповести и друге.

Слобода окупљања има карактер права негативног и активног статуса.[4] Као право негативног статуса, слобода окупљања подразумева двоструку обавезу државе: (1) да се уздржи од сваког уплитања у остварење слободе окупљања (одбрамбена функција) и (2) да грађанима пружи заштиту од уплитања трећих лица у њено остварење (заштитна функција). Као право активног статуса, слобода мирног окупљања појединцима или групама омогућава да јавно изразе своје (политичко) мишљење, да утичу на креирање јавног мњења и вођење државне политике (демократска и партиципативна функција).[5]

Иако је једна од основних претпоставки демократског друштва, слобода окупљања може трпети извесна ограничења. Ограничење слободе окупљања намеће потреба заштите права других грађана, с једне стране, и заштита општег добра и општег интереса, с друге стране. Таква ограничења ће се сматрати легитимним само ако се уживањем слободе окупљања супротно закону угрожавају слободе других појединаца[6] и одређена добра/интереси заједнице као целине.[7]

Ограничење људских слобода и права је један од највећих изазова за грађанско (демократско) друштво. Разлог за то налази се у

---

2 Драгољуб Поповић, *Европско право људских права*, Београд 2012, 358.

3 Karel Vasak, „Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", *UNESCO Courier* 30:11/1977, 29, *http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816eo.pdf*, 15. јул 2018.

4 Ivana Krstić, Tanasije Marinković, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd 2016, 223.

5 Богољуб Милосављевић, Драгољуб М. Поповић, *Уставно право*, Београд 2009, 146.

6 Према мишљењу Џона Стјуарта Мила (*John Stuart Mill*), друштво би требало да се у ограничењу слободе појединаца безусловно придржава начела „да самоодбрана буде једини циљ због кога човечанство – појединачни људи или целина – има право да се меша у слободу радње једног од својих чланова, као и да предупређивање да се други не оштете буде једини законски разлог због кога сме да се употреби сила према било ком члану образоване заједнице". Џон С. Мил, *О слободи*, Београд 2007, 24.

7 Џереми Бентам (*Jeremy Bentham*) у свом делу „Фрагмент о влади" на једном месту каже: „фундаментални аксиом, највећа срећа највећег броја представља меру исправног и погрешног". Нав. према. Ros Harison, *Demokratija*, Beograd 2004, 118.

слојевитости појмова јавног добра и јавног интереса који укључују више различитих друштвених вредности које су у међународном праву и националним законодавствима најчешће недовољно одредиве.[8] Све те друштвене вредности се, уопште узевши, своде на разлоге заштите националне и јавне безбедности, јавног реда, јавног здравља, јавног морала и заштите права других.

Сматра се да је европски систем заштите људских права, који је суштински успостављен Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода (1950) и њеним допунским протоколима (у даљем навођењу: ЕКЉП),[9] најнапреднији део међународног система заштите људских права.[10] Циљ овог истраживања је да се на основу правне анализе одредаба ЕКЉП и праксе Европског суда за људска права (у даљем навођењу: ЕСЉП)[11] испитају границе слободе окупљања у европском праву и утврде правни стандарди у тој области. Основна хипотеза је да је ЕСЉП рестриктивним тумачењем услова ограничења формулисао правне стандарде који подржавају уживање слободе мирног окупљања као једног од битних захтева демократије.

2. ОСНОВНЕ ПОСТАВКЕ СЛОБОДЕ ОКУПЉАЊА ПРЕМА ЕВРОПСКОЈ КОНВЕНЦИЈИ О ЗАШТИТИ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА

Слобода окупљања зајемчена је у чл. 11 ЕКЉП, који носи рубрум „Слобода окупљања и удруживања" и гласи:

> „1 Свако има право на слободу мирног окупљања и слободу удруживања с другима, укључујући право да оснива синдикат и приступи му ради заштите својих интереса.
>
> 2 За вршење ових права не смеју се постављати никаква ограничења, осим оних која су прописана законом и неопходна у демократском друштву у интересу националне безбедности или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Овим се чланом не спречава закони-

---

[8] Богољуб Милосављевић, *Увод у теорију уставног права*, Београд 2011, 41–42.

[9] Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ* – Међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005 – исправка и *Службени гласник РС* – Међународни уговори бр. 12/2010.

[10] Mark W. Janis, Richard S. Kay, Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law: Text and Materials*, Oxford 1995, 3.

[11] За потребе овог рада под тим подразумевамо и праксу Европске комисије.

то ограничавање вршења ових права припадницима оружаних снага, полиције или државне управе.“

У чл. 11 ЕКЉП наглашава се међусобна повезаност слободе окупљања и слободе удруживања. Ипак, слобода окупљања је у теснијој вези са слободом изражавања (чл. 10 ЕКЉП) и у односу на њу поменути чл. 11 представља норму *lex specialis*.[12] У чл. 11, ст. 1 ЕКЉП гарантује се слобода мирног окупљања свакоме, односно свим људима, и појединцима и удружењима.[13] Да би слобода окупљања уживала заштиту државе, окупљање грађана мора имати карактер „мирног“ окупљања, под којим се подразумева изостанак било каквих облика насиља.

Међутим, ЕКЉП не јемчи слободу окупљања апсолутно.[14] У чл. 11, ст. 2 ЕКЉП *numerus clausus* су наведни услови под којима државе чланице могу ограничити слободу окупљања, а то су: да је ограничење прописано законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Осим тога, државе чланице су овлашћене да у складу са законом ограниче уживање слободе окупљања припадницима оружаних снага, полиције или државне управе.

3. ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ ОКУПЉАЊА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Према чл. 11, ст. 2 ЕКЉП, ограничење слободе мирног окупљања није правило, већ изузетак који може да се догоди само под одређеним условима, који морају бити испуњени кумулативно. Приликом оцене оправданости ограничења, ЕСЉП спроводи неколико тестова. Прво, проверава да ли предузета мера уопште представља „ограничење“ слободе мирног окупљања. Ако утврди да постоји ограничење, проверава да ли је ограничење прописано законом државе. Након што утврди да је ограничење прописано законом, ЕСЉП разматра да ли то ограничење тежи тзв. легитимним циљевима који су таксативно наведени у чл. 11, ст. 2 ЕКЉП. Ако закључи да је ограничење тежило неком од легитимних циљева, спроводи тест да

12 Oliver Nikolić, „Sloboda okupljanja i udruživanja“, *Strani pravni život* 1–3/2002, 149.

13 OSCE/ODIHR, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, Warsawa – Strasbourg 2010, 13, *https://www.osce.org/odihr/73405?download=true*, 13. јул 2018.

14 Дарко Симовић, Драгутин Аврамовић, Радомир Зекавица, *Људска права*, Београд 2013, 219.

ли је такво ограничење слободе окупљања било нужно у демократском друштву, а затим доноси одлуку о томе да ли је повређен чл. 11 ЕКЉП.

3.1. „Мирно“ окупљање

Уживање слободе окупљања ограничено је пре свега захтевом да окупљање буде „мирно“, а то подразумева изостанак било каквих облика насиља.[15] Тај услов се не односи на садржај одређених мишљења и идеја већ на начин његовог изражавања.[16]

Окупљање чији организатори или учесници имају насилничке намере које изазивају нереде неће уживати заштиту ЕКЉП.[17] Према пракси ЕСЉП, тзв. заузимање седећег положаја демонстраната приликом блокаде пута,[18] присуство на конференцији за штампу на којој се узвикују пароле против владе[19] или хорско певање песме на

15 „У складу са уобичајеним значењем ове речи, мирно значи одсуство насиља у различитим облицима, посебно оружаног насиља у најширем смислу. На пример, окупљање губи свој мирни карактер када су људи физички нападнути или угрожени, разбијени излози, запаљени аутомобили, употребљено камење или Молотовљеви коктели или неко друго оружје.“ Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl – Arlington 2005, 486–487.

16 Vojin Dimitrijević *et al*., *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beograd 2007, 251.

17 Према пракси ЕСЉП, појам „мирно окупљање“ не обухвата окупљања чији организатори и учесници имају насилничке намере. ECtHR, *Stankov and United Macedonian Organization „Ilinden“ v. Bulgaria,* no. 29221/95, 29225/95, Judgment of 2 Oktober 2001, para. 77. European Court of Human Right, Report od Judgments and Decisions 2001-IX, 273–312, *https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2001-IX.pdf*, 19. јул 2018.

18 У случају *Г. против Немачке*, Европска комисија је закључила да се тзв. заузимање седећег положаја демонстраната приликом блокаде пута који води у америчку војну базу у Штутгарту не може сматрати насилничким намерама које изазивају нереде, иако такво поступање према немачким законима није дозвољено. Међутим, Комисија је ипак закључила да је у том случају ограничење слободе окупљања било дозвољено и неопходно у демократском друштву и да није повређен чл. 11 ЕКПЉ. Нав. према: Ненад Ђурђевић, „Слобода окупљања према Европској конвенцији о људским правима и Повељи о основним правима ЕУ“, *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе* (ур. Станко Бејатовић), књига 4, 2009, 483.

19 Спор *Четинкаја против Турске* покренут је због тога што је подносилац представке био осуђен на казну затвора (која је касније претворена у новчану казну) зато што је као истакнути члан невладине организације учествовао на конференцији за штампу на којој је пред осамсто људи прочитана изјава, после које су присутни узвикивали слогане против владе. ЕСЉП је утврдио да је повређен чл. 11 ЕКЉП зато што таква мера којом се ограничава слобода окупљања није у складу са стандардима демократског друштва, а не би била чак ни када би скуп делимично изгубио карактер мирног протеста. ECtHR, *Cetinkaya v. Turkey*, no. 75569/01, Judgment of 26 June 2006, paras. 29–32, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–76044%22]},* 21. јул 2018.

јавном скупу чија само једна строфа има споран садржај[20] не може се сматрати насилничким намерама које доводе до изазивања нереда. Случајно насиље или нереди који могу настати због насилне реакције ривалских група неће бити легитиман основ за ограничење слободе окупљања.[21] Слободу мирног окупљања не може ограничити ни право на контрадемонстрације оних који се не слажу са идејама које се на скупу промовишу. У предмету *Удружење „Лекари за живот“ против Аустрије*,[22] ЕСЉП је закључио да учесницима скупа „Лекари за живот“ који се боре против абортуса мора бити омогућено уживање слободе окупљања без страха да ће бити изложени физичком насиљу противника јер би их такав страх обесхрабрио да отворено изразе своје мишљење о веома контроверзним питањима која погађају друштво. Делотворност слободе окупљања подразумева не само негативну обавезу државе да се не уплиће већ и позитивну обавезу да предузме мере да се она оствари.[23] Таква позитивна обавеза не подразумева апсолутну гаранцију и постизање резултата, већ предузимање разумних и одговарајућих мера да се одрже законите мирне демонстрације.[24]

ЕСЉП је посебно обазрив према ситуацијама када су јавни скупови које су организовале политичке странке праћени насиљем. Један такав случај је предмет *Османи против Бивше Југословнске Републи-*

[20] Спор *Хришћанска демократска народна партија против Молдавије* покренут је због тога што је тој партији изречена једномесечна забрана делатности из разлога што су њени чланови организовали протестна окупљања на тргу пред Народном скупштином у Кишњеву, иако су градске власти одобриле одржавање јавног скупа испред Опере, што је било супротно њиховој пријави да се јавни скуп организује на тргу испред Народне скупштине. Домаћи судови су као разлоге изрицање такве мере навели: непостојање одобрења за одржавање скупова, присуство деце на скуповима и да су скупови прерасли у насилне. ЕСЉП је утврдио да је повређен чл. 11 ЕКЉП оценивши да се хорско певање песме на јавном скупу, чија је само једна строфа имала споран садржај, не може сматрати позивом на насиље. ECtHR, *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, no. 28793/02, Judgment of 14 February 2006, paras. 72, 73–75. European Court of Human Right, Report od Judgments and Decisions 2006–II, 97–130 *https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2006-II.pdf*, 21. јул 2018.

[21] ECtHR, *Christians Against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, no. 8440/78, Judgment of 16 July 1980, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–74287%22]}*, 21. јул 2018.

[22] ECtHR, *Plattform „Ärzte für das Leben“ v. Austria*, no. 10126/82, Judgment of 21 June 1988, paras. 32, 38, 39, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22695435%22],%22itemid%22:[%22001–57558%22]}*, 21. јул 2018.

[23] Дарко Симовић, Марко Станковић, Владан Петров, *Људска права*, Београд 2018, 189.

[24] ЕСЉП је оценио да Аустрија није прекршила чл. 11 ЕКЉП јер је ангажовањем стотине полицајаца предузела све разумне и прикладне мере да обезбеди слободу окупљања члановима удружења „Лекари за живот“. Вид. Donna Gomien, *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*, Beograd 1994, 66–67.

ке Македоније.[25] Уставни суд Македоније је укинуо одлуку општине Гостивар да се на згради општине, осим македонске, вију и албанска и турска застава и усвојио привремену меру забране да се истичу заставе других држава. Упркос томе, председник општине Руфи Османи организовао је демонстрације током којих је одржао говор у којем је заговарао истицање албанске заставе. Сукоб се догодио када је једна група грађана покушала да уклони албанску заставу. Османи је лишен слободе, оптужен за ширење националне, расне и верске мржње и осуђен на казну затвора, а касније је амнестиран. ЕСЉП је закључио да је ограничење у виду осуде за кривично дело било засновано на закону, да је имало легитиман циљ, да је било сразмерно и неопходно у демократском друштву. С обзиром на то да је подносилац представке био носилац јавних овлашћења, да је био један од најугледнијих политичара албанске етничке припадности у својој земљи и да је био свестан последица своје акције која је била супротна привременој мери изреченој од Уставног суда и која је изазвала нереде у граду, ЕСЉП је оценио да су предузете мере према подносиоцу представке прошле тест пропорционалности и да је представка неприхватљива.

3.2. Појам ограничења

Према пракси ЕСЉП, слобода окупљања се може ограничити на више начина.[26] Тако се ограничењем слободе окупљања сматрају репресивне мере које држава предузима пре окупљања грађана (на пример, забрана одржавања окупљања),[27] за време трајања окупљања (евакуација демонстраната)[28] и након окупљања (дисциплинско, прекршајно или кривично кажњавање учесника).[29] Посебан начин ограничења слободе окупљања јесте пропуштање државе да заштити учеснике окупљања од насиља њихових противника (неиспуњење позитивне обавезе).[30]

---

[25] ECtHR, *Osmani v. The Former Jugoslav Republic of Macedonia*, no. 50841/99, Judgment of 11 October 2001. European Court of Human Right, Report od Judgments and Decisions 2001–X, 389–413, *https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2001-X.pdf,* 21.јул 2018.

[26] I. Krstić, T. Marinković, 224.

[27] ECtHR, *Stankov and United Macedonian Organization „Ilinden“ v. Bulgaria*, no. 29221/95, 29225/95, Judgment of 2 Oktober 2001, paras. 79–80.

[28] ECtHR, *Oya Atman v. Turkey*, no. 74552/01, Judgement of 5 December 2006, para. 30, 40–44, *http://echr.ketse.com/doc/74552.01-en-20061205/view/*, 22. јул 2018.

[29] На пример, Адвокатска комора је једном адвокату у Француској изрекла дисциплинску меру због учествовања у демонстрацијама против усвајања Закона о сигурности и слободи. ECtHR, *Ezelin v. France,* no. 11800/85, Judgment of 26 April 1991, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–57675%22]}*, 19. јул 2018.

[30] ECtHR, *Plattform „Ärzte für das Leben“ v. Austria*, no. 10126/82, Judgment of 21 June 1988, para. 32, 34.

Осим непосредно, слобода окупљања може бити ограничена и посредно, ограничавањем неког другог основног права или слободе (личне слободе, слободе кретања, слободе удруживања и других). У случају *Балчик и други против Турске*,[31] ЕСЉП је посебно истакао да се државе чланице „морају уздржати од примене неразумних посредних ограничења" слободе мирног окупљања. Због њихове чврсте повезаности, најизраженији облик посредног ограничења слободе окупљања јесте ограничење слободе удруживања. Поводом тог питања ЕСЉП је стао на становиште да „иако су досадашњи налази националних судова који су разматрали слободу удруживања несумњиво релевантни у погледу опасности које његови скупови могу представљати, аутоматско ослањање на чињеницу да се једна организација сматра противуставном – и да јој је одбијена регистрација – не може бити довољно да оправда по члану 11 став 2 Конвенције праксу систематског ограничења слободе мирног окупљања. Суд мора испитати конкретне основе за оправдано ограничење и значај тог ограничења".[32]

3.3. Услови ограничења

(1) *Предвиђеност у закону*. Ограничење слободе окупљања мора као такво бити прописано законом државе.[33] Заснованост ограничења на закону, ЕСЉП поима као заснованост на праву, то јест на нормама писаног и неписаног права.[34] Појам закона схвата у материјалном смислу, па под законом, осим формалних закона, подразумева подзаконске акте и судску праксу која их тумачи,[35] правила струковних удружења,[36] међународне уговоре и норме права Европске уније. Међутим, да би

[31] ECtHR, *Balçık and Others v. Turkey*, no. 25/02, Judgment of 29 November 2007, para. 47, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–83580%22]},* 4.октобар 2018.

[32] ECtHR, *Stankov and United Macedonian Organization „Ilinden" v. Bulgaria*, no. 29221/95, 29225/95, Judgment of 2 Oktober 2001, para. 92.

[33] У предмету *Адали против Турске*, ЕСЉП је утврдио да начин на који је подноситељки захтева ограничена слобода окупљања није био прописан законом будући да није постојао закон који би регулисао издавање дозвола турским Кипранима који живе у северном делу Кипра за прелазак зелене линије и улазак у јужни Кипар како би учествовали у мирном окупљању са грчким Кипранима. ECtHR, *Adalı v. Turkey*, no. 38187/97, Judgment of 31 March 2005, *http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–68670*, 20. јул 2018.

[34] ECtHR, *Sunday Times v. United Kingdom*, no. 6538/74, Judgement of 26 April 1979, para. 47, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–57584%22]}*, 20. јул. 2018.

[35] ECtHR, *Kervanci v. France*, no. 31645/04, Judgement of 4 December 2008, para. 52. Нав. према: I. Krstić, T. Marinković, 225.

[36] ECtHR, *Barthold v. Germany*, no. 8734/79, Judgement of 26 April 1979, para. 52, *http://echr.ketse.com/doc/8734.79-en-19850325/view/*, 20. јул 2018.

се таква правна норма могла сматрати законом, мора да испуњава квалитете доступности и предвидљивости.[37] Доступност закона подразумева могућност да се правни субјекти упознају са његовом садржином. Захтев за предвидљивошћу правне норме ЕСЉП је формулисао на следећи начин: „Норма се не може сматрати 'законом' осим ако је формулисана са довољном прецизношћу како би се омогућило свакоме – ако је потребно, уз одговарајуће савете – да предвиди, до разумног степена у датим околностима, последице својих поступака."[38] Ипак, ЕСЉП прихвата „да је немогуће постићи апсолутну прецизност у писању закона, нарочито у областима у којима се категорије мењају у складу са еволуцијом друштвених концепција".[39]

(2) *Легитимни разлози ограничења*. У чл. 11, ст. 2 ЕКЉП као легитимни разлози за ограничење слободе окупљања утврђени су: интерес националне безбедности или јавне безбедности, спречавање нереда или криминала, заштита здравља или морала или заштита права и слобода других. Замагљеност тих појмова отвара простор за слободну (дискрециону) оцену, па их органи власти држава чланица често примењују за ограничење слободе окупљања.

Национална и јавна безбедност. Национална и јавна безбедност се као основи ограничења слободе окупљања релативно широко тумаче и у пракси често користе. Као основ ограничења, национална безбедност се најчешће користи у борби против тероризма и екстремизма. Такви напори захтевају различите ванредне мере којима се непосредно или посредно може ограничити слобода окупљања. Према ставу ЕСЉП, свака таква ванредна мера предострожности треба да буде транспарентна и заснована на поткрепљеним доказима. У случају *Макмудов против Русије*,[40] ЕСЉП је констатовао да држава није пружила уверљиве и веродостојне доказе да је постојала опасност од терористичког акта и оценио је да је у конкретном случају повређен чл. 11 ЕКЉП.

Разлози заштите јавне безбедности у значајној мери се подударају са разлозима заштите јавног реда, то јест са разлозима спречавања нереда или криминала. Могу бити легитиман основ ограничења у оним ситуацијама када постоје чврсти докази да би уживање слободе окупљања представљало реалну опасност за безбедност већег броја људи.

---

37 ECtHR, *Amann v. Switzerland*, no. 27798/95, Judgement of 16 February 2000, para. 50, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–58497%22]}*, 20. јул 2018.

38 ECtHR, *Ezelin v. France,* no. 11800/85, Judgment of 26 April 1991, para. 45.

39 *Ibid*.

40 ECtHR, *Makhmudov v. Russia*, no. 35082/04, Judgment of 26 Jul 2007, paras. 68–73, *http://echr.ketse.com/doc/35082.04-en-20070726/view/*, 21. јул 2018.

Спречавање нереда или криминала. Спречавање нереда или криминала биће легитиман основ ограничења слободе окупљања само ако је утемељен на јасним и убедљивим разлозима, односно доказима, а не на претпостављеном ризику.[41] Тако је у предмету *Цисе против Француске*,[42] ЕСЉП оценио да је акција евакуације илегалних имиграната из цркве коју су заузели како би привукли пажњу јавности имала легитиман циљ који се огледа у спречавању нереда.

Опште ограничење слободе окупљања биће оправдано само ако постоји реална опасност да ће се приликом окупљања грађана догодити нереди који се не могу спречити на други начин.[43] Могућност да се организују насилне противдемонстрације или да се учесницима јавног скупа придруже екстремисти склони насиљу,[44] спорадично насиље или кажњива дела учињена током демонстрација од појединаца не могу се сматрати легитимним основом за ограничење слободе окупљања учесника који су мирни у својим намерама и понашању.[45]

Заштита здравља и морала. Ограничење слободе окупљања ради заштите здравља сматраће се легитимним ако постоје такве околности које изискују ограничење не само политичких скупова, већ сваког другог окупљања људи (спортске и културне манифестације, похађање школе). Ипак, ЕСЉП је констатовао да постоје оправдани здравствени разлози за ограничење слободе окупљања и у неким другим, специфичним случајевима. На пример, у случају *Цисе против Француске*[46] интервенција органа власти ради евакуације демонстраната из цркве била је, осим из других разлога, оправдана и због

---

41 *Ibid*.

42 Подносилац представке је био припадник групе странаца, без валидне дозволе боравка, која је одлучила да предузме колективну акцију, како би привукла пажњу јавности на тешкоће са којима су суочени припадници групе у поступку преиспитивања њиховог имигрантског статуса у Француској. Њихова кампања је кулминирала одлуком да окупирају цркву, у којој је група и боравила око два месеца. Ни свештеник ни парохијски савет нису се противили њиховом присуству, а религиозни обреди и друге церемоније одвијале су се по плану, без икаквог инцидента. Суд је утврдио да је евакуација наређена како би се окончала окупација цркве од лица која су повредила француске законе. Ограничење је, стога, имало легитиман циљ, а то је спречавање нереда. ECtHR, *Cisse v. France*, no. 51346/99, Judgement of 9 April 2002, paras. 44–46, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–60413%22]}*, 20. јул 2018.

43 V. Dimitrijević *et al*., 252.

44 ECtHR, *Christians Against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, no. 8440/78, Judgment of 16 July 1980.

45 ECtHR, *Ziliberberg v. Moldova*, no. 61821/00, Judgment of 4 May 2004, *http://echr.ketse.com/doc/61821.00-en-20040504/view/*, 21. јул 2018.

46 ECtHR, *Cisse v. France*, no. 51346/99, Judgement of 9 April 2002, para. 51.

тога што се њихово здравље погоршало услед штрајка глађу и лоших санитарних услова.

Заштита морала може да буде легитиман основ за ограничење слободе окупљања само ако уз повреду морала истовремено постоји и повреда закона. Заштита морала као легитимни основ за ограничење слободе окупљања не сме да буде одраз моралних погледа политичких званичника. Према ставу који је ЕСЉП заузео у случају *Норис против Ирске*,[47] мере које се односе на очување јавног морала морају да буду тестиране према објективном стандарду у погледу тога да ли испуњавају актуелне друштвене потребе и поштују принцип пропорционалности.

Заштита права и слобода других. За демократско друштво је од суштинске важности да се успостави одговарајућа равнотежа између слободе окупљања и права других људи који на истом простору станују, раде или се на њему затекну.[48] Уживањем слободе окупљања најчешће се ангажује право на поштовање приватног и породичног живота (чл. 8 ЕК), право на мирно уживање имовине (чл. 1 Протокола 1 ЕК), право на слободу и сигурност (чл. 5 ЕК), право на слободу кретања (чл. 2 Протокола 4 ЕК). Према пракси ЕСЉП, привремени прекид саобраћаја сам по себи није оправдан разлог за ограничење слободе окупљања.[49] Слобода окупљања се може ограничити само ако је њеним уживањем достигнут посебно висок праг угрожености права других. У таквим случајевима посебно је значајна учесталост јавних окупљања на истом простору и пред истим људима. У предмету *Морено Гомез против Шпаније*,[50] ЕСЉП је оценио да је повређено право на приватност (чл. 8 ЕК) подносиоца представке који живи у резиденцијалном делу Валенсије, будући да је, иако су јавне власти предузеле извесне мере из своје надлежности, уживање слободе окупљања у дужем периоду, посебно ноћу, било праћено прекомерном буком.

Неопходност у демократском друштву. Демократија је основна карактеристика европског поретка, „једини политички модел предвиђен Конвенцијом и, стога, једини компатибилан с њим".[51]

---

[47] ECtHR, *Norris v. Ireland*, no. 10581/83, Judgement of 26 Oktobar 1988, paras. 44–46, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–60413%22]}*, 20. јул 2018.

[48] OSCE/ODIHR, 42–44.

[49] ECtHR, *Eva Molnar v. Hungary*, no. 10346/05, Judgement of 7 Oktobar 2008, para. 34, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–88775%22]}*, 23. јул 2018.

[50] ECtHR, *Moreno Gómez v. Spain*, no. 4143/02, Judgement of 16 November 2004, paras. 60–63, *http://echr.ketse.com/doc/4143.02-en-20041116/view/*, 20. јул 2018.

[51] ECtHR, *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, no. 19392/92, 30 January 1998, para. 45, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–58128%22]}*, 22. јул 2018.

У том духу, ЕСЉП наглашава да „једини облик неопходности који може оправдати задирање у било које од права јесте онај који може доказати да потиче из „демократског друштва“.[52] Да би ограничење било неопходно у демократском друштву, мора постојати *хитна друштвена потреба* за задирање у слободу окупљања и такво задирање мора бити *пропорционално* легитимном циљу коме се тежи. ЕСЉП државама признаје поље слободне процене у примени теста пропорционалности,[53] али наглашава да „неопходност“ у смислу тог теста не значи обавезну примењивост и да ограничења слободе као изузетке од правила треба тумачити рестриктивно.[54]

Постојање хитне друштвене потребе ЕСЉП утврђује узимајући у обзир околности целокупног догађаја, а затим одлучује да ли је оспорена мера била „пропорционална легитимном циљу коме се тежило“ и да ли су разлози којима је држава покушала да оправда задирање „релевантни и довољни“.[55] Притом, ЕСЉП мора да се увери да су националне власти примениле стандарде који су у складу са принципима садржаним у чл. 11 ЕКЉП и да су своје одлуке засновале на прихватљивој оцени релевантних чињеница.[56] Сагласно томе, у предмету *Хришћани против расизма и фашизма против Уједињеног Краљевства*,[57] постојање хитне друштвене потребе образложено је на следећи начин: „Становиште Комисије је да се генерална забрана демонстрација може оправдати једино ако постоји стварна опасност од нереда који се не могу спречити другим мање строжим мерама. С тим у вези, власт мора узети у обзир последице забране скупова који сами по себи не стварају опасност за јавни ред. Само ако штетност таквих скупова обухваћених забраном претеже над безбедносним критеријумима оправданости циља ограничења и ако не постоји могућност избегавања непожељних споредних последица ограничења ужим одређивањем обухвата његове просторне примене и трајања може се сматрати да је ограничење неопходно у оквиру значења става 2 члана 11 Конвенције.“ На сличан начин, у предмету *Станков и Уједињена македонска организација „Илинден“ против*

[52] *Ibid*.

[53] ECtHR, *Gorzelik v. Poland*, no. 44158/98, Judgement of 17 February 2004, para. 96, *http://echr.ketse.com/doc/44158.98-en-20040217/view/*, 22. јул 2018.

[54] Д. Поповић (2012), 284–285.

[55] Упор. Виолета Беширевић *et al.*, *Коментар Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Београд 2017, 307.

[56] ECtHR, *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, no. 19392/92, 30 January 1998, paras. 46–47; ECtHR, *Association of Citizens Radko & Paunkovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 74651/01, Judgment of 15 Januar 2009, paras. 66–67, *https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2009-I.pdf*, 25. јул 2018.

[57] ECtHR, *Christians Against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, no. 8440/78, Judgment of 16 July 1980, The Law para. 5.

Бугарске,[58] Европски суд је стао на становиште да забрана јавног окупљања „у околностима кад нема стварно предвидљивог (*real foreseeable*) ризика од насилничког деловања или подстрекавања на насиље или било ког другог облика одбацивања демократских начела“ није оправдана у смислу чл. 11, ст. 2 Конвенције.

Ограничење ће бити сразмерно легитимном циљу коме се тежи ако су приликом ограничења предузете мере којима се у најмањој могућној мери задире у слободу окупљања. Применом теста пропорционалности, ЕСЉП испитује да ли је постигнута одговарајућа равнотежа између супротстављених интереса страна у питању[59] и, као што је већ наведено, да ли су разлози којима је држава покушала да оправда задирање „релевантни и довољни“.[60] У предмету *Елингер против Аустрије*[61] спор се водио због тога што је подносицу представке, народном посланику Странке зелених, забрањено организовање комеморације Јеврејима који су били жртве СС трупа у Другом светском рату на дан Свих светих на гробљу у Салцбургу. Учесници су намеравали да на миран начин и у тишини изразе своје мишљење. Будући да је истог дана и на истом месту било заказано окупљање чланова удружења бивших припадника СС трупа, полиција је, због опасности од конфликта и угрожавања посетилаца гробља, забранила окупљање које је хтео да организује г. Елингер. Применом теста сразмерности, ЕСЉП је изрекао да је забрана била непропорционална сврси, зато што домаће власти нису уважиле значај интереса подносиоца представке да организује скуп какав је желео да одржи, док су, с друге стране, поклониле претерано велику пажњу интересима посетилаца гробља. Због тога што није успостављена равнотежа различитих интереса и што је прекорачено поље слободне оцене, ЕСЉП је констатовао да је повређен чл. 11 ЕК. У случају *Езелин против Француске*,[62] ЕСЉП је испитао дисциплинску санкцију изречену адвокату који је учествовао у демонстрацијама против усвајања закона о „сигурности и слободи“ како би утврдио да ли је сразмерна легитимном циљу коме се тежи, имајући у виду посебан значај сло-

[58] ECtHR, *Stankov and United Macedonian Organization „Ilinden“ v. Bulgaria, no. 29221/95, 29225/95,* Judgment of 2 October 2001, para. 111.

[59] ECtHR, *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, no. 7601/76, 7806/77, Judgement of 13 August 1981, para. 63, *http://echr.ketse.com/doc/7601.76–7806.77-en-19810813/view/*, 22. јул 2018.

[60] ECtHR, *Makhmudov v. Russia*, no. 35082/04, Judgment of 26 Jul 2007, para. 65.

[61] ECtHR, *Öllinger v. Austria*, no. 76900/01, Judgment of 26 June 2006. European Court of Human Right, Report od Judgments and Decisions 2006–IX, 65–83, *https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2006-IX.pdf*, 23. jul 2018.

[62] ECtHR, *Ezelin v. France,* no. 11800/85, Judgment of 26 April 1991, paras. 51–53.

боде мирног окупљања и слободе изражавања које су у овом случају тесно повезане. У пресуди је констатовано да дисциплинска санкција која је изречена адвокату, ма колико била минимална, није била неопходна у демократском друштву.

3.4. Персонална ограничења и ванредне околности

Персонална ограничења. Појединим категоријама лица ЕКЉП не гарантује слободу мирног окупљања на општи начин. Тако је у чл. 11, ст. 2 ЕКЉП прописано: „Овим се чланом не спречава законито ограничавање вршења ових права припадницима оружаних снага, полиције или државне управе." Разлог за то је у специфичности њихове улоге у друштву.[63] Због тога је за ограничење њихове слободе окупљања довољан само услов да такво ограничење буде законито, а није нужно да буду испуњени и услови неопходности у демократском друштву и пропорционалности. ЕСЉП је у неколико предмета, истина у вези са ограничењем слободе удруживања, тумачио наведене одредбе чл. 11, ст. 2 ЕКЉП. Тако израз „законито ограничење" у судској пракси има исто значење као изрази „у складу са законом" и „прописано законом" који се налазе у другом ставу сваког члана од 9 до 11 ЕКЉП.[64] У предмету *Vogt protiv Nemačke*,[65] ЕСЉП је пресудио да израз „државна служба" у последњој реченици чл. 11, ст. 2 ЕКЉП треба да се тумачи уско, у контексту положаја који службеник заузима.

Такође, државе могу да ограниче окупљања странаца која су усмерена на политичко деловање, без опасности да ће се таква ограничења сматрати недозвољеном дискриминацијом.[66] На то упућује чл. 16 ЕКЉП којим се допушта ограничење политичких активности странаца. Ипак, ситуација је данас нешто другачија у земљама чланицама Европске уније, с обзиром на то да њихове држављане погађају политичка збивања у другим земљама чланицама ЕУ много више него у време када је усвојена ЕКЉП.[67]

Ванредне околности. У доба рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације, државе могу да предузму мере које одступају од њихових обавеза да гарантују слободу окупљања (чл. 15 ЕКЉП). Мере ограничења морају бити у најнужнијој мери коју

---

63 V. Dimitrijević *et. al.*, 252–253.

64 ECtHR, *Rekvényi v. Hungary*, no. 25390/94, Judgment of 20 May 1999, paras. 34–38, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–58262%22]}*, 21. јул 2018.

65 ECtHR, *Vogt v. Germany*, no. 17851/91, Judgment of 26 July 1995, para. 67, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–58012%22]}*, 21. јул 2018.

66 V. Dimitrijević *et. al.*, 253.

67 *Ibid*., 302.

изискује дата ситуација, с тим што такве мере не могу бити у супротности с другим обавезама државе према међународном праву. Према пракси ЕСЉП, ванредне околности морају бити такве да „утичу на цело становништво и представљају претњу организованом животу заједнице“.[68]

Након проглашења јавне опасности, држава ће о разлозима и мерама одступања од одредаба ЕКЉП обавестити генералног секретара Савета Европе. Такве мере су, по правилу, временски орочене и под надзором генералног секретара Савета Европе. О њиховом престанку и потпуној примени ЕКЉП, држава ће обавестити генералног секретара Савета Европе. Најближи пример је обавештење о увођењу ванредног стања на период од три месеца и одступању од одредаба ЕКЉП за време његовог трајања које је Турска 21. јула 2016. године доставила Савету Европе.[69] Ванредно стање је на свака три месеца више пута продужавано, а 9. августа 2018. године Генерални секретаријат Савета Европе званично је обавештен да је после готово две године трајања ванредно стање укинуто 19. јула 2018. године. [70]

3.5. Други разлози ограничења

(1) *Процедурални разлози – пријава/одобрење*. Према пракси ЕСЉП, постојање система пријаве или одобрења (дозволе) окупљања није супротно чл. 11, ст. 1 ЕКЉП зато што организовање јавног скупа захтева изналажење различитих практичних решења за одређивање времена, простора, режима саобраћаја и других околности због чега је неопходна бар минимална сарадња организатора скупа са властима.[71]

Уредно пријављен скуп који није забрањен ужива претпоставку законитости, што је један од суштинских услова за делотворност слободе окупљања и слободе изражавања. С друге стране, државна власт нема дискреционо овлашћење у погледу дозволе скупова, већ мора деловати у складу са националним правним поретком и

---

[68] ECtHR, *Lawless v. Ireland,* no. 332/57, Judgment of 1 July 1961, The Law para. 28, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–57518%22]}*, 4. oktobar 2018.

[69] Текст обавештења доступан на веб-сајту: *https://rm.coe.int/090000168069496b*, 6. октобар 2018.

[70] Нав. према: Листа Савета Европе о резервацијама и декларацијама за Уговор бр. 005 – Конвенција о заштити људских права и основних слобода, *https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/declarations?p_auth=jX2bIpB2&_coeconventions_WAR_coeco*, 6. октобар 2018.

[71] ECtHR, *Rassemblement Jurassien Unité Jurassienne v. Switzerland,* no. 8191/78, Judgment of 10 October 1979, *http://echr.ketse.com/doc/8191.78-en-19791010/view/*, 22. јул 2018.

јуриспруденцијом ЕСЉП.[72] То значи да сам чин забране таквог скупа може представљати повреду чл. 11 ЕКЉП, осим ако се забраном која је заснована на закону остварује један или више легитимних циљева и ако је таква забрана неопходна у демократском друштву.[73] Спор *Букта и други против Турске*[74] покренут је због превременог окончања непријављеног скупа интервенцијом полиције. Подносиоци представке су се окупили испред хотела у Будимпешти у којем је мађарски премијер присуствовао пријему који је приредио румунски премијер. Пријаву нису поднели полицији будући да је мађарски премијер потврдио своје учешће на пријему дан уочи његовог одржавања, а мађарско право прописује да се скуп пријављује најмање три дана унапред. ЕСЉП је у том предмету закључио да се растурање мирног окупљања, које није било пријављено, не може сматрати неопходним у демократском друштву за остварење циљева којима се тежило. У пресуди је констатовао да је „у посебним околностима када се може оправдати моментална реакција на одређени политички догађај, који би имао облик мирног окупљања, његово растурање са јединим образложењем да обавеза претходног пријављивања није била поштована, уз понашање учесника које није супротно закону, несразмерно ограничење слободе мирног окупљања“.[75]

(2) *Место, време и начин*. Национална законодавства углавном прописују ограничења слободе окупљања која се односе на место и време одржавања окупљања. Сами по себи, ти разлози не могу представљати довољан основ за ограничење слободе окупљања већ уз њих мора бити испуњен неки од услова предвиђен чл. 11 ЕКЉП. Таква ограничења понекад могу представљати погодно средство којим органи власти, уместо да забране окупљање, променом „места, времена или начина“ одржавања окупљања могу постићи сврху ограничења, при чему учеснике неће онемогућити да изразе своје мишљење и да упуте жељену поруку (принцип сразмерности).[76]

---

[72] Dragoljub Popović, *European human rights law – a manual*, The Hague 2013, 274.

[73] У предмету *Oja Atman protiv Turske*, ЕСЉП је стао на становиште да ако је скуп миран, околност непријављивања таквог скупа не оправдава његово ограничење, те да је важно да власти према учесницима скупа који су у таквој (незаконитој) ситуацији покажу известан степен толеранције све док је скуп мирног карактера. ECtHR, *Oya Atman v. Turkey*, no. 74552/01, Judgement of 5 December 2006, paras. 39, 42.

[74] ECtHR, *Bukta and others v. Turkey*, no. 25691/04, Judgement of 17 July 2007, paras. 7–10, 35, 37–38. European Court of Human Right, Report od Judgments and Decisions 2007–III, 341–352 *https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2007-III.pdf*, 22. јул 2018.

[75] *Ibid*., para. 36.

[76] На пример, ограничење начина одржавања окупљања може се односити на употребу одговарајуће опреме за појачавање звука или осветљења и визуелних ефеката.

Питање ограничења места окупљања разматрано је у пракси ЕСЉП више пута. У предмету *Рај и Еванс против Уједињеног Краљевства*,[77] ЕСЉП је одбацио представку о повреди слободе окупљања као неосновану, зато што су њени подносиоци организовали демонстрације на подручју Вајтхола (*Whitehall*), који се налази насупрот улице Даунинг (*Downing street*) у Лондону, које је одређено као „означено подручје“ (*designated area*), а окупљање претходно нису пријавили у складу са Законом о озбиљном организованом криминалу и полицији (*Serious Organised Crime and Police Act*) из 2005. године. У предмету *Андерсон и други против Уједињеног Краљевства*,[78] ЕСЉП је, узимајући у обзир циљ окупљања, стао на становиште да подносиоцима представке забраном уласка у тржни центар на неодређено време због њихових антидруштвених активности није поврђена слобода окупљања у смислу чл. 11 ЕКЉП. У предмету *Аплеби и други против Уједињеног Краљевства*,[79] ЕСЉП је констатовао да тиме што им је приватна компанија забранила окупљање у тржном центру подносиоцима представке није повређена слобода изражавања јер су они имали друге начине да изразе своја уверења изван простора тржног центра.

(3) *Ограничења заснована на садржају*. Заштита мишљења и слободе изражавања једна је од сврха права на слободу окупљања и удруживања, па се, без обзира на његову аутономну улогу и посебан делокруг његове примене, чл. 11 ЕКЉП мора посматрати у светлу чл. 10 ЕКЉП.[80] Међутим, слобода окупљања не може бити ограничена због изражених ставова или изјава учесника јавног скупа. Неприхватљиво је да се задирање у слободу окупљања оправдава искључиво на основу утиска јавне власти о природи одређеног протеста и поруци коју он упућује. ЕСЉП је истакао да су „границе допуштене критике шире у односу на владу него у односу на грађане, па чак и политичаре“[81] те, сагласно томе, критика власти или државних службеника не може бити једини основ за ограничење слободе окупљања.

---

[77] ECtHR, *Rai and Evans v. the United Kingdom*, no. 26258/07, 26255/07, Judgment of 17 November 2009, *http://echr.ketse.com/doc/332.57-en-19610701/view/*, 22. јул 2018.

[78] ECtHR, *Anderson and others v. United Kingdom*, no. 33689/96, Judgment of 27 October 1997, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–3988%22]}*, 23. јул 2018.

[79] ECtHR, *Appleby and others v. United Kingdom*, no. 44306/98, Judgment of 15 October 2002, *http://echr.ketse.com/doc/44306.98-en-20021015/view/, 23. јул 2018*. Вид. Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, London – New York 2009, 565.

[80] ECtHR, *Association of Citizens Radko & Paunkovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 74651/01, Judgment of 15 Januar 2009, para. 63.

[81] ECtHR, *Incal v. Turkey*, no. 22678/93, Judgment of 9 June 1998, para. 54, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–58197%22]}*, 4. октобар 2018.

Слобода окупљања и слобода изражавања уживају заштиту чак и ако су изражене идеје, мишљења и поруке непријатељске и увредљиве за друге људе, групе или поједине делове друштва.[82] С друге стране, подстрекавање на насиље и заговарање националне, расне или верске мржње која представља подстрек на дискриминацију, непријатељство и насиље легитимне су основе за ограничење слободе окупљања и слободе изражавања. Говор мржње, чак и када је усмерен на повреду права и слобода заштићених ЕКЉП, сам по себи не оправдава прекид јавног скупа. У таквим ситуацијама, предузимање мера ограничења само према одређеним појединцима било би сагласно принципу пропорционалности. Притом се на основу околности сваког појединог случаја мора проценити да ли спорно понашање представља намерно подстрекавање на насиље. У предмету *Хришћанска демократска народна партија против Молдавије (бр. 2)*,[83] ЕСЉП је оценио да се поступци попут узвикивања слогана „Доле са тоталитарним режимом Воронина" и „Доле Путинов окупациони режим", чак и кад су праћени спаљивањем слике председника Руске Федерације и руске заставе, не могу сматрати позивањем на насиље већ их „треба схватити као израз незадовољства и протеста" и као „облик изражавања мишљења о питању од великог јавног интереса, наиме о присуству руских трупа на територији Молдавије".

4. ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ ОКУПЉАЊА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

У правном поретку Републике Србије[84] слобода окупљања је зајемчена одредбама чл. 54 Устава Републике Србије – (Устав),[85] а ближе уређена Законом о јавном окупљању – (ЗЈО).[86]

---

[82] OSCE/ODIHR, 48–50.

[83] ECtHR, *Christian Democratic People's Party v. Moldova (No.2)*, no. 25196/04, Judgment of 2 February 2010, para. 27, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–97049%22]}*, 4. октобар 2018. Вид. ECtHR, *United Macedonian Organisation „Ilinden" and others v. Bulgaria*, no. 59491/00, Judgment of 19 January 2006, para. 76, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–72093%22]}*, 4. октобар 2018.

[84] Правном анализом је обухваћено позитивно законодавство у овој области (Устав и ЗЈО) и Закон о окупљању грађана – ЗОГ, *Службени гласник РС*, бр. 51/1992, 53/1993, 67/1993, 17/1999 и 33/1999, *Службени лист СРЈ*, бр. 21/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 29/2001 и 101/2005, који је био на снази готово десет година након доношења Устава (2006–2015), а који је Уставни суд Србије 9. априла 2015. године оценио неуставним. Вид. Одлуку IУз број 204/2013 од 9. априла 2015, *Службени гласник* РС, бр. 88/2015. Због непостојања праксе Уставног суда Србије у односу на примену ЗЈО, анализом је обухваћена и у раду приказана пракса Уставног суда Србије у периоду важења ЗОГ-а.

[85] *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

[86] *Службени гласник РС*, бр. 6/2016.

Међутим, слобода окупљања не представља апсолутно право већ трпи извесна ограничења у случајевима који су прописани чл. 54, ст. 4 Устава. Када је реч о самом појму ограничења слободе окупљања, становишта Уставног суда Србије усаглашена су са праксом ЕСЉП према којој се, као што је већ наведено, задирањем у слободу окупљања сматрају бројне репресивне мере које држава предузима пре одржавања окупљања, за време трајања окупљања и по завршетку окупљања. Тако је у једном предмету Уставни суд Србије оценио „да је мешање државе прекршајним кажњавањем подносилаца уставне жалбе као учесника конкретног синдикалног протеста, у суштини довело до повреде слободе подносилаца уставне жалбе на јавно окупљање, зајемчене одредбом члана 54. став 1. Устава“.[87]

Прво ограничење слободе окупљања односи се на захтев да окупљање буде мирно (чл. 54, ст. 1 Устава), што подразумева начин на који се организује један скуп на коме се изражавају одређена мишљења, идеје и ставови, али се не подразумева и садржина изнетог мишљења.

Друго ограничење је персоналног карактера, с обзиром на то да чл. 54, ст. 1 Устава слободу мирног окупљања не зајемчује „свакоме“ као чл. 11, ст. 1 ЕКЉП, већ само грађанима, односно држављанима Републике Србије.[88] Међутим, одредбама чл. 2, ст. 2 ЗЈО признато је право свакоме, укључујући и странце, да у складу са тим законом организује окупљање и да у њему учествује, што је у складу са европским правним стандардима.

Следећу групу ограничења слободе окупљања чине ограничења која се односе на потребу заштите јавног здравља, морала, права других или безбедности Републике Србије (чл. 54, ст. 4 Устава). Уставни основи за ограничење слободе окупљања разрађени су чл. 8 ЗЈО, који носи рубрум „Ограничења слободе окупљања“ и којим је прописано да окупљање „није дозвољено“[89] у следећим случајевима: када постоји угрожавање безбедности људи и имовине, јавног здравља, морала, права других или безбедности Републике Србије; када су циљеви окупљања усмерени на позивање и подстицање на оружа-

[87] Одлука Уж број 5436/10 од 11. децембра 2013, *Службени гласник* РС, бр. 1/2014, пара. 6.

[88] Ова уставна одредба је због тога одавно критикована од Венецијанске комисије, мада у погледу политичких активности странаца није у супротности са одредбама чл. 16 ЕКЉП. European Commission for Democracy through Law (Venice commission), *Opinion on the Constitution of Serbia*, Strasbourg 2007, Opinion No. 405/2006, 9–10, para. 37, *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)004-e*, 6.октобар 2018.

[89] Синтагма „није дозвољено“ представља редакцијску грешку. Реч је о забрани јавног окупљања будући да ЗЈО не прописује систем дозволе већ систем пријаве јавног окупљања.

ни сукоб или употребу насиља, на кршење људских и мањинских слобода и права других, односно на изазивање или подстицање расне, националне, верске или друге неравноправности, мржње и нетрпељивости; када наступи опасност од насиља, уништавања имовине или других облика нарушавања јавног реда у већем обиму; ако је одржавање окупљања супротно одредбама овог закона. Уз констатацију да постоје извесна преклапања са уставним основима,[90] могло би се закључити да су законски разлози усклађени са одредбама Устава и ЕКЉП.

Заштита јавног здравља, морала, права других или безбедности људи и имовине, осим разлога ометања јавног саобраћаја,[91] представљају најчешће разлоге због којих су у уставној пракси забрањивани јавни скупови.[92]

Осим њих, у истом члану ЗЈО прописани су и процедурални разлози („ако је одржавање окупљања супротно одредбама овог закона") под којима се, пре свега, подразумевају обавезе пријаве одређених јавних окупљања на отвореном простору и обавезе организатора/вође окупљања. Такви разлози, без обзира на то што су прописани законом (и што закон за непоштовање обавеза које има организатор/вођа окупљања прописује санкције),[93] сами по себи не могу бити довољни за ограничење слободе окупљања већ уз њих мора постојати неки од уставних разлога или разлога који су прописани ЕКЉП, будући да је у чл. 54, ст. 4 Устава, слично као и у чл. 11, ст. 2 ЕКЉП, утврђено да се слобода окупљања може законом ограничити „само ако је то неопходно ради заштите јавног здравља, морала, права других или безбедности Републике Србије".

Као и њихови претходници, Устав и ЗЈО познају либерални систем пријаве јавног окупљања, што значи да одржавање јавног

[90] Упор. ЗЈО, чл. 8, тач. 1 и Устава, чл. 54, ст. 4.

[91] Спречавање ометања јавног саобраћаја као разлог ограничења слободе окупљања био је прописан чл. 43, ст. 2 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/90 и чл. 11, ЗОГ-а, а у нашој правној науци је одавно указано на његову „бесмисленост" и неусклађеност са међународним правним стандардима. Вид. V. Dimitrijević, M. Paunović, V. Đerić, 343. Сматрамо да таква оцена није исправна јер се „ометање јавног саобраћаја" лако може довести у везу са разлогом ограничења слободе окупљања „ради заштите права и слобода других" који је утврђен у чл. 11, ст. 2 ЕКЉП. Такво становиште сагласности тог разлога ограничења са одредбама чл. 54, ст. 4 Устава заступа Драган М. Стојановић. Вид. Издвојено мишљење судије др Драгана М. Стојановића на одлуку Уставног суда IУз – 204/2013 од 9. априла 2015.

[92] На пример, Решење МУП, Дирекције полиције, Полицијске управе за град Београд, Полицијске станице Стари град бр. 212–113/2008 од 7. марта 2008; Решење МУП, Дирекције полиције, Полицијске управе за град Београд, Полицијске станице Савски венац бр. 212–613/2011 од 30. септембра 2011.

[93] Вид. ЗЈО, чл. 21–22.

окупљања не одобрава надлежни орган (полиција). Обавезно је пријављивање јавних окупљања на отвореном простору (чл. 12, ст. 1 ЗЈО), док обавези пријављивања не подлежу окупљања у затвореном простору, верска окупљања, друга традиционална народна окупљања, вашари, сабори, свадбе, погреби, државне свечаности и спонтана мирна окупљања, без организатора, као непосредна реакција на одређени догађај (чл. 13). Чини се да је мањкавост ЗЈО то што нема одредбе о правном режиму тзв. хитних окупљања која се јављају у респектабилној упоредној уставној пракси (на пример, у Немачкој)[94] и пракси ЕСЉП.[95] Хитна окупљања су слична спонтаним окупљањима, али се од њих разликују по томе што имају организатора и што код њих пријава јавног окупљања није немогућа већ је немогуће само одржање рока за пријаву. У таквим ситуацијама не би требало одустати од пријаве већ би требало скратити рок за пријаву коју треба поднети чим се за то укаже прилика.

Када је реч о процедури одлучивања о праву на јавно окупљање (поступку заштите права),[96] одредбе ЗЈО су усаглашене са европским правним стандардима, будући да је законом прописана контрола законитости и целисходности решења којима се забрањује јавно окупљање, да постоји могућност изјављивања жалбе МУП-у у кратком року (24 часа) и да је утврђена дужност МУП-а да донесе другостепено решење по жалби одмах, а најкасније у року од 24 часа, чиме се постиже процесно својство коначности решења о забрани окупљања до времена за када је окупљање заказано.[97] Међутим, пошто не постоје одредбе о кратком року за покретање управног спора и одредбе о хитности поступка у којем Управни суд одлучује о законитости решења, судска контрола аката којима се ограничава слобода окупљања подведена је под општи режим управног спора, а то

[94] *BverfGE* 85, 69.

[95] ECtHR, *Rai and Evans v. the United Kingdom,* no. 26258/07, 26255/07, Judgment of 17 November 2009; ECtHR, *Bukta and others v. Turkey*, no. 25691/04, Judgement of 17 July 2007, para. 36.

[96] Повреда права на правно средство из чл. 36, ст. 2 Устава најчешћи је разлог због којег је Уставни суд за време важења ЗОГ-а усвојио више уставних жалби и утврдио повреде права на слободу окупљања из чл. 54, ст. 1 Устава. Вид. Одлуку Уж број 1918/2009 од 22. децембра 2011, *Службени гласник* РС, бр. 8/2012; Одлуку Уж број 4078/2010 од 29. фебруара 2012, *Службени гласник РС*, бр. 24/2012; Одлуку Уж број 5284/2011 од 18. априла 2013, *Службени гласник РС*, бр. 40/2013; Одлуку Уж број 8591/2013 од 21. априла 2016; Одлуку Уж број 3048/2015 од 26. октобра 2017; Одлуку Уж број 4809/2015 од 26. октобра 2017.

[97] Сретен Југовић, „Поглед на (нова) законска решења о јавним окупљањима у Републици Србији од 2016. године“, *Полиција и правосудни органи као гаранти слободе и безбедности у правној држави*, *том 1* (ур. Биљана Симеуновић Патић), Београд 2017, 133–134,136.

значи да ће она уследити много касније у односу на време за које је заказано одржавање јавног окупљања.[98]

Осим поменутих ограничења, ЗЈО прописује и ограничења места[99] и времена одржавања јавног окупљања. Под местом окупљања подразумева се „сваки простор који је без услова или под истим условима, доступан индивидуално неодређеном броју лица“ (чл. 4, ст. 1 ЗЈО). Законодавац је појам „место окупљања“ везао за појам „јавног места“,[100] па се чини да је таквим решењем искључио правну заштиту окупљањима на приватном поседу који је отворен за јавност (на пример, тржни центри), иако су таква окупљања актуелна у упоредној уставној пракси и пракси ЕСЉП.[101] Затворени простор је одређен као „простор, објекат или просторија ограђена или означена, у којој се врши окупљање и у коју се може ући или из ње изаћи само на за то одређеном простору“ (чл. 4, ст. 2 ЗЈО). Будући да обавеза пријаве постоји само за окупљања на отвореном простору, дефинисање „затвореног“ простора представља добро законско решење јер олакшава њихово разликовање, посебно када је реч о комбинованим просторима.[102] Међутим, према наведеним критеријумима, стадиони се могу сматрати затвореним местом, па се на тај начин искључује обавеза пријаве, што може да буде изазов за органе реда.

Окупљање у покрету може се пријавити и одвијати као кретање учесника окупљања на одређеном простору (чл. 5 ЗЈО). Такво окупљање може се одвијати кретањем и заустављањем кретања на одређеним местима између места поласка и места завршетка кретања, што представља корак напред у односу на решење из чл. 3, ст. 2 ЗОГ-а, којим је било прописано да се јавни скуп у покрету може одвијати „само непрекинутим кретањем, осим на месту поласка и завршетка“.

Просторна ограничења одређена су одредбама чл. 6 ЗЈО, којима је прописано:

> „Окупљање није дозвољено на месту на којем, због карактеристика самог места или његове посебне

---

[98] *Ibid*.

[99] Просторна ограничења очигледно имају велики значај, будући да им је ЗЈО посветио чак три члана (4–6), више него било ком другом ограничењу или правном институту.

[100] Упор. Закона о јавном реду и миру, *Службени гласник РС*, бр. 6/06 и 24/18, чл. 3, тач. 2.

[101] ECtHR, *Anderson and others v. United Kingdom*, no. 33689/96, Judgment of 27 October 1997; ECtHR, *Appleby and others v. United Kingdom*, no. 44306/98, Judgment of 15 October 2002.

[102] С. Југовић, 132.

> намене, прети опасност од наступања угрожавања безбедности људи и имовине, јавног здравља, морала, права других или безбедности Републике Србије.
>
> Под местом из става 1. овог члана, у смислу овог закона, сматра се простор испред здравствене установе, школе, предшколске установе, као и простор испред објеката од стратешког и посебног значаја за одбрану и безбедност Републике Србије.
>
> Окупљање није дозвољено на местима на којима се одржавањем окупљања крше људска и мањинска права и слободе других, угрожава морал или на местима која су затворена за јавност."

Прописивање места на којима није дозвољено окупљање у складу је са одредбама чл. 54, ст. 1 Устава и чл. 11, ст. 1 ЕКЉП, којима је утврђено да је мирно окупљање грађана слободно, па из тога следи да је одржавање јавног окупљања начелно дозвољено на сваком месту.[103]

Међутим, у тим одредбама постоји неколико спорних момената. Прво, оне садрже ограничења која су општа (генерална), бланкетна, апсолутна и претходна (*a priori*). Ограничења су општа јер не праве разлику између појединих облика окупљања (политичка, верска, хуманитарна, спортска и др.) већ се односе на сва јавна окупљања на одређеним местима. Ограничења су бланкетна јер забрањују сва јавна окупљања на одређеним местима, а закон истовремено не прописује овлашћење надлежног органа да испита објективне могућности за одржавање јавног окупљања на таквим местима, зависно од околности сваког конкретног случаја (*case by case*). Ограничења су апсолутна јер не познају изузетке. Поставља се питање због чега би мирно окупљање испред болнице којим се не ремети мир болесника и не омета приступ возилима хитне помоћи или мирно окупљање испред школе или предшколске установе у време када се у њима не налазе деца, због „карактеристика" самих тих места или њихове „посебне намене", представљало претњу и опасност од угрожавања безбедности људи и имовине, јавног здравља, морала или права других. Ограничења су претходна јер су законом унапред утврђена. Друго, просторна ограничења сама по себи не могу бити довољна за задирање у слободу окупљања већ уз њих мора постојати неки од уставних разлога или разлога који су прописани ЕКЉП, будући да је чл. 54, ст. 4 Устава, слично као и чл. 11, ст. 2 ЕКЉП, утврђено да се слобода окупљања може законом ограничити „само

[103] Такво законско решење представља напредак у односу на чл. 2 ЗОГ-а којим је било прописано да се окупљања могу одржавати на за то „примереном простору", а такви простори ће бити уређени актом општине, односно града.

ако је то неопходно ради заштите јавног здравља, морала, права других или безбедности Републике Србије". Треће, нејасно је која су то места на којима би се самим одржавањем мирног окупљања кршила људска и мањинска права и слободе других и места на којима би се самим одржавањем мирног окупљања угрозио морал. Четврто, будући да је реч о „јавним" окупљањима (чл. 1 ЗЈО), нејасно је која су то „јавна" места која су затворена за јавност. У том смислу, добар путоказ за законодавца могла би да буду поједина упоредноправна решења која познају релативне законске забране окупљања у тзв. означеним подручјима (*designated area*)[104] или ограђеним подручјима (*befriedete Bezirke*).[105]

Временско ограничење је уређено одредбама чл. 7 ЗЈО и њима је прописано да се јавна окупљања могу „одржавати, по правилу, између 6 и 24 часа". Спонтана окупљања представљају изузетак јер се на таква окупљања не примењују временска ограничења (чл. 13, ст. 2 ЗЈО).

Промена места или времена одржавања окупљања понекад могу представљати погодно и сразмерно средство којим органи власти, уместо да забране окупљање, могу постићи сврху ограничења, ако притом учеснике не онемогуће да изразе своје мишљење и упуте жељену поруку (принцип пропорционалности).[106] Међутим, Уставни суд је поводом једне такве ситуације закључио да је променом локације одржавања окупљања надлежни орган учесницима окупљања онемогућио да се окупе на месту на коме су желели, а које је било предвиђено и дозвољено актом јединице локалне самоуправе о одређивању простора за окупљање грађана.[107] Такође, према пракси ЕСЉП, надлежни орган власти не може да мења датум који је организатор планирао за одржвање окупљања јер ако се окупљање одржи након што конкретно друштвено питање изгуби на значају, утицај тог скупа може бити озбиљно умањен.[108] Поводом сличног

[104] ECtHR, *Rai and Evans v. the United Kingdom,* no. 26258/07, 26255/07, Judgment of 17 November 2009.

[105] Вид. немачки Закон о безбедносно ограђеним подручјима за уставне органе Савеза (Gesetz zur Zusammenführung der Regelungen über befriedete Bezirke für Verfassungsorgane des Bundes, 8. Dezember 2008, BGBl. I S. 2366), чл. 1–3, *https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl108s2366.pdf#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl108s2366.pdf%27%5D__1538823094517*, 6. октобар 2018.

[106] OSCE/ODIHR, 50.

[107] Одлука Уж број 1918/2009 од 22. децембра 2011, *Службени гласник* РС, бр. 8/2012.

[108] ECtHR, *Bączkowski and Others v. Poland*, no. 1543/06, Judgement of 3 May 2007, para. 82, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–80464%22]}*, 25. јул 2018.

питања, на такво становиште стао је и Уставни суд закључивши да одржавање појединих скупова, по протеку датума тог празника (у конкретном случају радило се о 8. марту) губи смисао и ослабљује поруку коју организатори окупљања желе да пошаљу јавности.[109]

Осим тих ограничења, за време трајања ванредног или ратног стања могу се прописати мере привременог одступања од уживања слободе окупљања (чл. 200–202 Устава).[110] Такве мере одступања од слободе окупљања прописиване су у Србији за време ратног стања (1999)[111] и ванредног стања (2003).[112]

5. ЗАКЉУЧАК

Слобода окупљања је основно право у демократском друштву и као такво не може се тумачити рестриктивно. Чланом 11 ЕКЉП јемчи се слобода „мирног" окупљања, под којим се подразумева да његови организатори или учесници немају насилничке намере и да не изазивају нереде. Право на контрадемонстрације и могућност случајног насиља или нереда који могу настати због насилне реакције неистомишљеника нису легитиман основ за ограничење слободе окупљања. Држава има позитивну обавезу да предузме одговарајуће мере и обезбеди остваривање слободе мирног окупљања. Режим претходних дозвола није нужно повреда слободе мирног окупљања, али он не сме утицати на слободу окупљања као такву.

Слобода окупљања није апсолутна па, сагласно томе, чл. 11 ЕКЉП не спречава ограничење слободе окупљања у законом прописаним случајевима када је такво ограничење неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала или ради заштите права и слобода других. Постојање правног основа (легитимног циља) за задирање у слободу окупљања државе углавном успешно доказују пред ЕСЉП, али потешкоће настају када треба доказати да је такво задирање било неопходно у демократском друштву. Према пракси ЕСЉП, стандард „неопходно

---

109 Одлука Уж број 4078/2010 од 29. фебруара 2012, *Службени гласник* РС, бр. 24/2012.

110 Обрад Стевановић, „Слобода и безбедност јавних окупљања у Републици Србији", *Европске интеграције: правда, слобода и безбедност*, *том 1* (ур. Ђ. Ђорђевић), Београд 2016, 194.

111 Уредба председника Републике Србије о окупљању грађана за време ратног стања, *Службени гласник РС*, бр. 17/99.

112 Одлука вршиоца дужности председника Републике о проглашењу ванредног стања у Републици Србији, *Службени гласник РС*, бр. 21/03.

у демократском друштву“ подразумева постојање „хитне друштвене потребе“ и „сразмерног“ ограничења слободе окупљања. Хитна друштвена потреба ће постојати у ситуацији када уверљиви докази указују на то да постоји јасна и непосредна опасност за демократију. Ограничење слободе окупљања ће бити сразмерно ако доводи у равнотежу супротстављене интересе, односно ако се такво ограничење може сматрати оправданим с обзиром на стандарде који важе у демократском друштву.

Појединим категоријама лица (припадницима оружаних снага, полиције, државне управе), ЕКЉП не јемчи слободу окупљања на општи начин. Странцима се може ограничити слобода окупљања која је усмерена на политичко деловање.

За време рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације, државе могу предузети мере којима се привремено одступа од слободе окупљања. Јавна опасност мора да буде непосредна и да угрожава организовани живот у земљи, а одступања морају да буду само у најнужнијој мери која изискује хитност ситуације.

Време, место или начин одржавања јавног скупа сами по себи не могу да буду оправдани разлози за ограничење слободе окупљања већ уз њих морају да буду испуњени услови које предвиђа чл. 11 ЕК. Промена места, времена или начина може представљати погодно/сразмерно средство којим органи јавне власти могу постићи сврху ограничења, уместо да забране јавно окупљање.

Слобода окупљања ужива заштиту чак и ако су током окупљања изражене идеје, мишљења и поруке непријатељске и увредљиве за друге људе, групе или поједине делове друштва. Критика власти или државних службеника не може бити једини основ за ограничење слободе окупљања. Подстрекавање на насиље и заговарање националне, расне или верске мржње представљају легитимне основе за ограничење слободе окупљања.

Правни стандарди које је ЕСЉП формулисао рестриктивним тумачењем основа за ограничење афирмишу и фаворизују уживање слободе мирног окупљања као једног од битних захтева демократије.

Доношењем Закона о јавном окупљању (2016) у Србији је значајно унапређен правни оквир за остваривање и заштиту права на слободу мирног окупљања и постигнут је виши ниво усаглашености националног права са правним стандардима Европске уније. Најзначајнија законска решења у том смислу су: признавање права на слободу окупљања свакоме (укључујући и странце), признавање права на одређене врсте окупљања на отвореном простору без обавезе пријављивања, дефинисање појма „затворен простор“ који олакшава утврђивање која окупљања подлежу обавези пријаве, ефикаснији

поступак управне заштите и увођење јединственог правног режима судске контроле аката којима се забрањује окупљање. Насупрот томе, кључне мањкавости Закона о јавном окупљању представљају: непостојање одредаба о правном режиму тзв. хитних окупљања, подвођење судске контроле под општи режим управног спора, ускраћивање правне заштите окупљањима на приватном поседу који је отворен за јавност (на пример, тржни центри) и опште (генералне), бланкетне, апсолутне и претходне (*a priori*) забране окупљања на одређеним местима.

Имплементацијом правних стандарда Европске уније у овој области унапређен је квалитет националног правног оквира за остваривање слободе мирног окупљања и створени су услови за виши ниво правне заштите коју обезбеђује Уставни суд.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Barnett, H., *Constitutional and Administrative Law*, London – New York 2009.

Беширевић, В. *et. al.*, *Коментар Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Београд 2017. (Beširević, V. *et. al.*, *Komentar Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Beograd 2017)

Dimitrijević, V. *et al.*, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beograd 2007.

Dimitrijević, V., Paunović, M., Đerić, V., *Ljudska prava*, Beograd 1997.

Ђурђевић, Н., „Слобода окупљања према Европској конвенцији о људским правима и Повељи о основним правима ЕУ“, *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе* (ур. Станко Бејатовић), Крагујевац 2009. (Đurđević, N., „Sloboda okupljanja prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i Povelji o osnovnim pravima EU“, *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope* (ur. Stanko Bejatović), Kragujevac 2009)

Gomien, D., *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*, Beograd 1994.

Harison, R., *Demokratija*, Beograd 2004.

Janis, M. W., Kay, R. S., Bradley, A. W., *European Human Rights Law: Text and Materials*, Oxford 1995.

Југовић, С., „Поглед на (нова) законска решења о јавним окупљањима у Републици Србији од 2016. године“, *Полиција и правосудни органи као гаранти слободе и безбедности у правној држави*,

том 1 (ур. Биљана Симеуновић Патић), Београд 2017. (Jugović, S., „Pogled na (nova) zakonska rešenja o javnim okupljanjima u Republici Srbiji od 2016. godine“, *Policija i pravosudni organi kao garanti slobode i bezbednosti u pravnoj državi*, *tom 1* (ur. Biljana Simeunović Patić), Beograd 2017)

Krstić, I., Marinković, T., *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd 2016.

Мил, Џ. С., *О слободи*, Београд 2007. (Mil, Dž. S., *O slobodi*, Beograd 2007)

Милосављевић, В., *Увод у теорију уставног права*, Београд 2011. (Milosavljević, B., *Uvod u teoriju ustavnog prava*, Beograd 2011)

Милосављевић, Б., Поповић, Д. М., *Уставно право*, Београд 2009. (Milosavljević, B., Popović, D. M., *Ustavno pravo*, Beograd 2009)

Nikolić, O., „Sloboda okupljanja i udruživanja“, *Strani pravni život* 1–3/2002.

Nowak, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl – Arlington 2005.

OSCE/ODIHR, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, Warsawa – Strasbourg 2010, *https://www.osce.org/odihr/73405?download=true*, 13. јул 2018.

Popović, D., *European human rights law – a manual*, The Hague 2013.

Поповић, Д., *Европско право људских права*, Београд 2012. (Popović, D., *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd 2012)

Симовић, Д., Аврамовић, Д., Зекавица, Р., *Људска права*, Београд 2013. (Simović, D., Avramović, D., Zekavica, R., *Ljudska prava*, Beograd 2013)

Симовић, Д., Станковић, М., Петров, В., *Људска права*, Београд 2018. (Simović, D., Stanković, M., Petrov, V., *Ljudska prava*, Beograd 2018)

Стевановић, О., „Слобода и безбедност јавних окупљања у Републици Србији“, *Европске интеграције: правда, слобода и безбедност*, *том 1* (ур. Ђ. Ђорђевић), Београд 2016. (Stevanović, O., „Sloboda i bezbednost javnih okupljanja u Republici Srbiji“, *Evropske integracije: pravda, sloboda i bezbednost*, *tom 1* (ur. Đ. Đorđević), Beograd 2016)

Vasak, K., „Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights“, *UNESCO Courier* 30:11/1977, *http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816eo.pdf*, 15. јул 2018.

Danilo Stevandić, PhD

Assistant to the Head of Police Directorate
Ministry of Internal Affairs of the Republic of Serbia

LIMITS ON FREEDOM OF ASSEMBLY: STANDARDS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

Freedom of peaceful assembly represents one of the forms for involvement of individuals in the community's political life. After identification of the relevant regulations of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, this paper firstly presents the fundamental standpoints of the European Court of Human Rights regarding restrictions to the freedom of assembly; thereafter, examines compliance of the legal solutions in Serbia with European legal standards in this field. The author concludes that the standards of the ECHR affirm the exercise of freedom of peaceful assembly as one of the significant postulates of democracy. The Law on Public Assembly (2016) Serbia has significantly enhanced the legal framework for the exercise of the right to freedom of peaceful assembly and achieves a higher level of compliance with national and European Union law.

Key words: *Public assembly. – Restriction on freedom of peaceful assembly. – Proportion principle. – Police.*

Article history:
Received: 4.12.2018.
Accepted: 7.2.2019.

ПРИКАЗИ

Др Љубодраг Димић*

Борис Беговић, Зоран С. Мирковић (ур.), *Правни поредак Независне Државе Хрватске*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 356.

Структуру зборника радова *Правни поредак Независне Државе Хрватске*, осим инструктивног уводног текста који потписују приређивачи, чини девет правних студија, од којих свака представља поуздан научни одговор на више кључних питања о правном поретку Независне Државе Хрватске (НДХ). Аутори радова су угледни професори Правног факултета у Београду. Тој осетљивој теми, препуној контроверзи, стереотипа, историјских, научних и политичких фалсификата, аутори приступају рационално (истина се жели сазнати и саопштити), објективно (видно је настојање да се искорачи из оквира једног ограниченог виђења), прецизно и јасно (уз дефинисање појмовног апарата који се користи и успостављање критеријума вредновања појава), „отворено" за нова сазнања (ништа није дефинисано као коначно), изнад свега научно (засновано на изворима и научном методу).

Трагајући за одговорном на питање правног карактера НДХ, Милош Здравковић пише о основним својствима које поредак мора да има да би био сматран правним, о понашању усташких власти које употребом неограничене силе доводе у питање саму правну природу поретка и физички и духовни опстанак читавих народа, о околностима које егзистенцијално угроженим категоријама становништва допуштају да не буду лојалне таквој држави. Обављено истраживање је показало да поредак успостављен у НДХ није био правни (није у свим сегментима дефинисан, одређен и ограничен правом) и да га је одликовало безакоње засновано на кршењу правних норми и бескрупулозном спровођењу конкретних програмских циљева усташке власти, што је доводило у питање не само његову правност већ и државност.

* Аутор је редовни професор Филозофског факултета Универзитета у Београду и редовни члан Српске академије наука и уметности, *ljdimic@f.bg.ac.rs*.

Зоран Мирковић пажњу посвећује расном законодавству (заузима „централно место“ у правном поретку НДХ) и показује да је у питању „аутохтони законодавни пројекат“, инспирисан законодавством и праксом Трећег рајха, али осмишљен од хрватских стручњака, „побољшан“ у односу на нацистичке узоре и стриктно примењиван као „државни пројекат“ према Јеврејима и Ромима.

Питање уставног карактера државности НДХ у средишту је анализа Танасија Маринковића. Аутор пише о критеријумима који одређују карактер власти НДХ и анализира њен легитимитет који има упориште у митологизованом „хрватском државном праву“ и подршку Римокатоличке цркве и већег дела становништва хрватске националности.

Интересовања Марка Давинића превасходно су усмерена ка правној анализи положаја војске и полиције у НДХ. Аутор је размотрио правно устројство и деловање војних и полицијских снага, делатност паралелних структура у апарату власти, активности „дивљих усташа“ које су дејствовале мимо законских прописа и званичних наредби, али у правном оквиру оружаних снага НДХ.

Кривично право НДХ предмет је научних анализа Игора Вуковића. Аутор је указао на значајне новине у кривичном праву НДХ (на пример, кажњавање злочина велеиздаје) уведене са намером да буду заштићени „животни интереси хрватског народа“, сачуван „опстанак НДХ“, заштићене „државне власти“. Та кривична дела, иако по својим основним обележјима нејасна, недоречена и сасвим произвољно тумачена, била су санкционисана смртном казном и намењена не само елиминацији појединаца већ и читавих народа. Највећи део убијених у НДХ страдао је без икаквог правног процеса и доказане кривице, чиме је дерогирано начело законитости и правности државе.

Међународни статус НДХ још једна је од важних тема о којој пишу Ивана Крстић и Милош Јовановић. Ослањајући се на добро познавање теорије међународног права, аутори су показали да је НДХ својеврстан „гранични случај“ у међународном праву. Будући прихваћена од већине становништва, НДХ није била марионетска држава (испуњава један од основних критеријума државе – прихваћеност). Када је у питању критеријум независности, НДХ је била независна, али не и суверена држава. Суштински, то је била „држава у покушају“, чије је постојање било орочено трајањем Другог светског рата.

Дејан Поповић, у раду посвећеном пореском праву НДХ, даје компаративну анализу ширег историјског контекста у коме је та држава деловала, идентификује посредне и непосредне порезе, таксе и поступке преузете из праксе југословенске државе и показује да се

не може говорити о нормативности правног поретка НДХ. Анализе су показале да порески систем НДХ није био добро организован ни ефикасан, да су се изван контроле пореског апарата налазила бројна подручја, да је држава била суочена са фискалним проблемима које није било могуће решити ни применом ванредних мера.

У средишту истраживања Далибора Ђукића био је правни положај Хрватске православне цркве у НДХ. Аутор је размотрио порекло идеје о формирању нове цркве и показао да је настанак те државне (а не верске) институције упориште имао у настојању усташких власти да што „ефикасније" реше „српско питање". Нова „црквена организација" није у канонском смислу била црква, није била ни православна јер је нису признале остале православне цркве и само је фиктивно била хрватска јер ни њени верници нити свештенство нису били хрватске националности.

Колегиница Нина Кршљанин пише о деформацијама у правном режиму непокретности у НДХ. Анализирајући примену три групе законских аката које су регулисале заштиту непокретности, ауторка је закључила да је правна пракса била изразито дискриминаторска према Србима, Јеврејима и Ромима.

Слика правног поретка НДХ, коју ова књига нуди, заснована је на примарним истраживањима, научно је утемељена и поуздана. Склоност аутора да пажљиво анализирају чињенице, уочавају нове скупове односа у прошлости и критички преиспитују и вреднују већ написано резултирала је сигурним закључцима о друштвеној појави каква је била НДХ. То је књига слојевитог садржаја која отклања дилему да ли је НДХ била држава и додатно потврђује да је учињени злочин геноцида над Србима, Јеврејима и Ромима био државни пројекат.

Никола Илић, мастер*

Johan Swinnen, Devin Briski, *Beeronomics: How Beer Explains the World*, Oxford University Press, Oxford 2017, 187.

По признању аутора, ова необична књига је највећим делом написана у једном скромном пабу у Лувену, у Белгији. Међутим, већ након неколико прочитаних страна постаје јасно да је писању претходио озбиљан истраживачки рад и да књига заврeђује пажњу читалаца најмање из два разлога. Прво, објашњења у вези са историјским развојем производње пива углавном имају ослонац у економској теорији и могу бити од користи при анализи бројних, не само пивских, тржишних структура и правних института. И друго, читањем ове књиге читалац заправо штеди време јер убудуће неће имати дилему које пиће (не) жели да поручи.

Анализа истријског развоја производње и продаје пива омогућава потпуно нове увиде у многе тржишне појаве. Неке од њих су нарушавање конкуренције стварањем картела, спајање и припајање предузећа, употреба жига, рекламирање производа и сл. Уз то, посебно је занимљиво да историјске прекретнице у производњи и продаји пива могу да се посматрају и као један од узрока појединих кључних историјских догађаја, као што су освајања Велике Британије, индустријска револуција, процес транзиције у источноевропским земљама и сл. Ипак, пре него што се понуде детаљнија објашњења помоћу примене економских метода и модела, неопходно је најпре спознати и описати реалност. Непосредна спознаја је увек пожељна, али аутори указују на то да је једнако битна и посредна спознаја реалности, и то на основу различитих извора. У том смислу, они најпре наводе писане историјске изворе о „врењу у колевци цивилизације“, тј. о производњи пива у древној Месопотамији. Након тога, помињу и поједине изворе који откривају да је производња у Египту била детаљно регулисана правним прописима. Међутим, аутори посебно истичу да су становници древних цивилизација ужи-

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *nikola.ilic@ius.bg.ac.rs*.

вали искључиво у тамном нефилтрираном пиву. То пиво се конзумирало непосредно након производње јер је имало изузетно кратак рок трајања, због чега није било погодно за производњу у већем обиму и за развој трговине. Стога је разумљиво зашто је вино вековима имало доминантну улогу на тржишту алкохолних пића. Аутори наводе и да је нагли успон Римског царства негативно утицао на популарност пива јер су Римљани традиционално производили и пили искључиво вино. То потврђују и записи Плинија Старијег (23–79. н. е.), који је констатовао да Римљани конзумирају вино, а да „пиво пију варвари и нецивилизовани људи“. Лоша репутација пива је измењена тек у V веку, када су германска племена освојила део тадашњег Западног римског царства. Међутим, технологија производње није претрпела значајније измене – у германским племенима су пиво углавном производиле жене у кућним условима, што је остало непромењено све до Карла Великог.

Управо је краљ Карло Велики, према речима аутора књиге, омогућио оснивање манастира на простору западне и северне Европе. Због климе која није погодна за винову лозу, ти манастири су, први пут, успоставили организовану производњу пива. Занимљиво је да нацрти прве модерне пивнице потичу из 820. године и да припадају манастиру Св. Гал (St. Gall), који се налазио на простору данашње Швајцарске. Када су унапређени технолошки процеси, производња пива је постала уносан посао. Аутори ту тврдњу поткрепљују позивајући се на различите законе, који су донети након IX века, а односили су се на квалитет и опорезивање пива. На тај начин, према речима аутора, постигнут је компромис између регионалних владара и Католичке цркве. Владари су гарантовали монополистичку позицију цркве кроз одредбе о квалитету пива, док је црква заузврат пристајала да део прихода присвајају владари. Међутим, аутори наводе да револуција у производњи пива настаје тек са употребом хмеља – житарице опорог и горког укуса, коју монаси нису употребљавали.

Забележено је да је постојао снажан отпор према употреби хмеља у производњи: сматрало се да то није у складу прописима о квалитету и да квари укус пива. Међутим, аутори наводе да је та житарица омогућила једноставнији процес производње и дужи рок трајања пива, што је имало за последицу процват трговине. Масовна производња пива са додатком хмеља забележена је одмах након оснивања Ханзе (Ханзеанска лига), која је омогућила стварање олигопола на ширем простору северне и западне Европе. У Лондону, који је био део Ханзе, тада почињу организовано да производе тканину, у појединим градовима су успешно организовали производњу соли и воска, док је град Хамбург с разлогом назван „пивница Ханзеанске лиге“. Забележено је да је у XIII веку 40 до 50 процената

прихода тог града остварено искључиво захваљујући производњи и продаји тамног пива. Међутим, аутори наводе да то није једини град који је доживео процват захваљујући укусном напитку од житарица. Наводно, чак су и поједине државе за своје превасходно фискалне проблеме нашле решење у пиву.

Посебно је занимљив пример Велике Британије и њене економске политике. На острву су преферирали вино све до средине XVIII века, док је производња пива била занемарљива. Аутори наводе да је то стварало огромне проблеме Британцима, који су морали да увозе вино, и то најчешће од свог највећег војног конкурента – Француске. Спољнотрговински дефицит је требало надокнадити производњом и продајом тканине, а економска ситуација је постајала посебно отрежњујућа током бројних сукоба између две државе, укључујући и Стогодишњи рат. Све то је допринело да домаће тамно пиво, које је иначе било знатно лошијег квалитета од увозних и за данашње стандарде веома јако (око 6,6 процената алкохола), постане један од главних адута британске економске политике. Индустријска производња „portera“, како су британско тамно пиво назвали лучки радници у Лондону, од 1750. до 1810. године, увећана је за око милион барела.[1] Аутори наводе детаљну статистику не само за повећање обима производње, већ и за пореске приходе који су остварени од продаје пива у том периоду, а који су са пет порасли на више од двадесет милиона тадашњих фунти.[2] И поред изнетих података, тешко је сложити се са тврдњама да је пиво променило свет тако што је економски ојачало Велику Британију и омогућило њена империјална освајања. Међутим, веома је занимљиво запажање аутора да се мерама економске политике може утицати не само на тржишта добара и производних фактора већ и на преференције потрошача.

Аутори наводе да је, након покретања индустријске производње тамног пива, следећи революционарни напредак у производњи забележен у чешком градићу Плзену. То мало место је добило статус града 1295. године од краља Бохемије, који је издао и прву дозволу локалном становништву да производи и продаје пиво (у кругу од девет километара од центра града). Након што је тај град припао Хабзбуршкој монархији, зона дозвољене трговине је проширена, чиме је увећан и број произвођача. Аутори посебно описују догађај из 1838. године, када је неколико незадовољних произвођача просуло тридесет шест барела пива испред градске куће, у знак протеста због укидања прописа о квалитету пива. Тада су укинуте правне баријере

[1] Један британски барел износи 36 британских галона, односно 163,7 литара.

[2] Изражено у данашњем новцу, једна британска фунта је 1790. године вредела приближно 116 фунти, *https://www.nationalarchives.gov.uk/currency-converter/#currency-result*, 25. јул 2018.

уласку за произвођаче пива, а конкуренција која је уследила донела је изванредне резултате. Према писаним изворима, произвођачи се нису такмичили само у снижавању сопствених трошкова и цене, већ и у побољшању квалитета пива. Аутори наводе да је мала група произвођача инвестирала у технологију која је омогућила прераду јечма тако да зрно не добија тамну боју, што је раније био случај. Уз то, они су ангажовали експерта из Баварске Јозефа Грола (Josef Groll), који им је уступио *know-how* за лагеровање пива. У питању је метод одлагања житарица и воде у посебне дрвене судове, како би се ферментација одвијала на ниској температури (тзв. хладно врење). Затим је иста група произвођача из Плзена ископала подземне просторије уз реку Радбузу, у које је сместила дрвене судове са изворском водом и одабраним житарицама, међу којима је био и посебно припремљени јечам. Резултат те ферментације је премашио сва очекивања – светло пиво, златне боје, снежнобеле пене и укуса који је поразио конкуренте на тржишту.

Посебно је занимљиво то што се на примеру из Плзена, поред конкуренције, може видети и како функционише нелојална конкуренција у пракси – тако што користи туђе ознаке и ствара забуну код учесника у промету. Наиме, светло пиво је веома брзо освојило Праг, а након тога и читаву Европу. Због тога су многи произвођачи копирали технику производње и своје пиво означавали са „Pilsner“, што је пивницу из Плзена приморало да своје производе означава са „Pilsner Urquell“, односно да уз иницијални назив дода немачку реч која означава да производ потиче из оригиналног извора.

Аутори детаљно описују и многе технолошке иновације које су уследиле након индустријске револуције. Међу њима су усавршавање процеса пастеризације и врења, али и саморасхладне каде, које су први пут употребљене за производњу „paulanera“ у Минхену. Те и друге иновације знатно су измениле процес производње пива, што је, уз побољшања у производњи стакла и пластичне амбалаже, омогућило стварање великих мултинационалних предузећа. Читаоцима који су љубитељи историје посебно ће бити занимљива разматрања о утицају два светска рата на производњу и потрошњу пива. Аутори наводе и да је након ратних збивања додатно убрзан процес концентрације, тј. стварања великих предузећа. У томе је предњачило тржиште Сједињених Америчких Држава, на коме је 1950. године пословало триста педесет произвођача пива, док је 1980. године тај број био мањи од четрдесет. Економисти се не слажу у мишљењу због чега је дошло до тако велике концентрације која је истиснула мале произвођаче са тржишта. Док једни тврде да се та промена догодила због аутоматизације производње, економије обима и веће конкуренције између највећих произвођача, други сматрају да се разлог концентрације може наћи у појави телевизије и агресивних

маркетиншких кампања. Могуће је да се одговор крије негде између та два мишљења. Ипак, аутори се нису изјаснили о том питању већ су мудро препустили читаоцу да заузме сопствени став.

Расуђивање читаоца ће бити на проби и приликом разматрања производње пива и процеса транзиције у источноевропским земљама. Аутори наводе да је Источни блок запао у економску кризу након пада Берлинског зида и да су државна предузећа на том простору махом делила исту судбину, укључујући и пивнице. Тако се конкурентима са остатка континента указала прилика да прошире обим своје производње. Ту историјску прилику је први искористио „Heineken", који је 1995. године преузео највећу пивницу у Словачкој – „Zlaty Bazant" (у преводу, „Златни фазан"). До 1999. године, „Haineken" је купио и три преостале пивнице у Словачкој – „Corgoň", „Martiner" и „Gemer". За то време, „Carlsberg" је „окупирао" север Европе (Естонију, Литванију и Летонију) и две велике бивше совјетске републике – Русију и Украјину. Закључно са 2000. годином, „Carlsberg" је самостално снадбевао од двадесет три до педесет одсто релевантних тржишта у свакој од поменутих држава. Коначно, предузеће „SAB Miller" је највише инвестирало у Мађарску, Чешку и Пољску, док је белгијско предузеће „Interbrew" преузело највеће пивнице у Бугарској и Румунији. Аутори објашњавају да је куповина националних пивница био оптималан модел за улазак на нова тржишта у процесу транзиције јер су фиксни трошкови производње пива велики, царине високе, а уз то су и потрошачи навикнути на специфичне регионалне укусе. С обзиром на то да су након пропасти комунизма прве стране инвестиције забележене у пивској индустрији, аутори смело закључују да је пиво помогло земљама у транзицији да се изборе са економском кризом. Једино што аутори та објашњења уопште нису поткрепили налазима економске теорије, а могли су да се позову на велики број макроекономских модела, као и на мултипликаторски ефекат инвестиција. Међутим, проблем је у томе што егзактан научни приступ вероватно не би потврдио њихове налазе.

На крају, као да се велики историјски циклуси понављају, аутори указују на све израженији тренд занатских пива. Као у древна времена, потрошачи поново почињу да цене производњу малог обима и специфичне укусе које мултинационална предузећа не могу да понуде. Читаоци који одлуче да прочитају *Beeronomics*, осим занимљивих чињеница, од којих већина није поменута у овом приказу, сазнаће и многе тајне светски познатих занатских пива, а једна од њих, можда и најбитнија, јесте умереност у производњи. Вишемиленијско искуство показује да је то битно и у потрошњи.

Ана Одоровић, мастер*

Nicola Gennaioli, Andrei Shleifer*, A Crisis of Beliefs: Investor Psychology and Financial Fragility*, Princeton University Press, Princeton 2018, 252.

Деценију после пропасти Лиман брадерса (*Lehman Brothers*), која је најавила глобалну финансијску кризу, светска привреда увелико бележи позитивне стопе раста. Након више стотина хиљада научних радова који су се бавили тим феноменом[1], многи ће се сложити да је дошао тренутак да се најважнији налази о узроцима и ефектима глобалне финансијске кризе систематизују и преточе у странице монографија и уџбеника из финансија и других сродних дисциплина. То је тренутак када по природи ствари интересовање за одређени феномен у академској јавности јењава, посебно међу водећим истраживачима који журе да објасне нове појаве, које у свету финансија не заостају за најновијим технолошким потресима. Данас вероватно и просечно информисан читалац дневне штампе, макар у САД и Западној Европи, може да појми најважније карике у ланцу светске финансијске кризе: мехур на тржишту некретнина, високоризични хипотекарни кредити (*subprime mortgages*), секуритизација, велики леверице банака и других финансијских институција и, коначно, морални хазард оличен у слогану „превише велики да би пропали" (*Too big to fail*).

У тренутку када се поновно интересовање за ову тему чини закаснело, Никола Ђенајоли (Nicola Gennaioli) и Андреј Шлајфер (Andrei Shleifer) враћају питање предвидљивости финансијске кризе у жижу свог истраживања. Њихова намера је да понуде ново теоријско објашњење за чињеницу да је криза, упркос многим показатељима који су је најављивали, успела да изненади инвеститоре, финансијске институције и регулаторе. Основна нит која повезује све делове

* Ауторка је асистент на Правном факултету Универзитета у Београду, *ana.odorovic@ius.bg.ac.rs*.

[1] Као резултат претраге на *Google scholar* уношењем речи „*financial crisis*", доступно је 596.000 научних радова.

књиге јесте теорија дијагностичких очекивања, заснована на доприносима у области бихевиористичке економије, која објашњава зашто људи праве предвидљиве грешке у расуђивању. Занимљиво је да аутори користе теорију очекивања да објасне целокупан кредитни циклус: од тога како је настао мехур на тржишту некретнина и зашто су тржишни учесници прецењивали вредност финансијских инструмената чија су базна актива били хипотекарни кредити, до тога зашто је баш пад Лиман брадерса покренуо дефлаторну спиралу која је имала несразмерно велике ефекте на привреду у целини.

На самом почетку, аутори описују догађаје и понашање тржишних учесника који су изазвали глобалну финансијску кризу и њене далекосежне последице. Из методолошких разлога, прави се дистинкција између два периода. У првом периоду, који је трајао од 2000. године до лета 2007. године, цене на тржишту некретнина су расле, уз симултано омасовљавање хипотекарних кредита и процес секуритизације[2]. У другом периоду, цене некретнина почињу споро и постепено да падају, уз прве назнаке да финансијске институције имају проблем краткорочног финансирања, чега су тржишни учесници најзад постали свесни тек пропашћу Лиман брадерса, које се неретко узима као окидач финансијске кризе. Том хронолошком дистинкцијом аутори најављују два налаза која представљају почетне премисе теоријских разматрања у наредним поглављима.

Први налаз се односи на очекивања домаћинстава, финансијских институција и инвеститора која су одржавала раст цена некретнина, хипотекарних кредита и цена финансијских инструмената који су се на њима заснивали.[3] Ослањајући се на велики број извора, пре свега анкете, студије и јавна саопштења, аутори настоје да покажу да је мехур настао као последица тога што су различити учесници на тржишту систематски прецењивали могући раст цена некретнина у будућности. У прилог томе да су и банке делиле неоправдан оптимизам тржишта, говори чињеница да су у својој активи задржале велики број финансијских инструмената насталих у процесу секуритизације и да су обезбеђивале гаранције за друге тржишне учеснике који су били купци тих инструмената.[4]

Други налаз се односи на очекивања тржишних учесника у тренутку када је мехур на тржишту некретнина „пробушен“ у лето 2007. године. Аутори настоје да објасне зашто је реакција тржишта

[2] Секуритизација је процес у коме се слабо преносива потраживања из више различитих уговора (на пример, уговора у кредиту) претварају у хартије од вредности, са циљем диверзификације ризика и обезбеђивања веће ликвидности.

[3] Хипотекарне хартије од вредности (енг. *Mortgage-backed-securities*).

[4] Ти финансијски посредници се често означавају као „банке у сенци“ (енг. *Structured-investment-vehicles*).

дуго изостала иако је постало јасно да су хипотекарне хартије од вредности ризичније због мање вредности колатерала. Позивањем на финансијске прогнозе, кредитне рејтинге независних агенција и чињеницу да су непосредно пре кризе финансијске институције обилато исплаћивале дивиденде, аутори желе да покажу да су тржишни учесници потцењивали изложеност банака и других финансијских институција том ризику и да су посебно занемаривали систематски ризик које је настао као последица њихове велике међузависности. Државна интервенција у виду обезбеђивања краткорочне ликвидности и спасавања прве институције којој је претио банкрот (*Bear Stearns*) само је уљуљкала уверења инвеститора у стабилност финансијског система.

Може се учинити да су ова два налаза готово таутолошка будући да само показују да је постојао склад између исказаних и откривених преференција учесника на тржишту. Међутим, аутори сматрају да они индиректно оповргавају две водеће теорије о узроку финансијске кризе и да стога постоји потреба да се формулише нова. Они најпре оспоравају теорију моралног хазарда, према којој је до кризе дошло услед тога што су финансијске институције, ослањајући се на могућност да ће их држава финансијски избавити, свесно преузимале прекомеран ризик. Аутори сматрају да се, у мери у којој су показали да финансијске институције нису имале супериорне информације о висини ризика у односу на друге учеснике на тржишту нити су успеле да избегну свој удео у губицима, не може говорити о њиховој свесној намери да трошкове свог понашања превале на пореске обвезнике.

Аутори затим доводе у питање објашњење кризе које се заснива на теорији „јуриша на банке“ (енг. *Bank run models*). У основи, та теорија предвиђа да, када постоји мали наговештај да одређена финансијска институција има проблем ликвидности, велики број њених поверилаца, попут власника депозита, жели истовремено да поврати своја средства. Будући да финансијска институција не може у кратком року да обезбеди велику ликвидност дугорочних пласмана, принуђена је да своју имовину продаје „у бесцење“ (енг. *fire sales*). У мери у којој су најчешћи купци њене активе друге финансијске институције које се такође суочавају са проблемом ликвидности, вредност активе се даље обезвређује, а крајња последица може да буде инсолвентност. Иако аутори не оспоравају да се такав сценарио обистинио уочи избијања кризе, наглашавају да он није био непредвидљив, како се то често сматра, и да су искривљена очекивања тржишних учесника допринела да фрагилност финансијског система буде дуго занемарена. Другим речима, криза није била резултат неочекиваног „јуриша на банке“ већ системских грешака у расуђивању тржишних учесника који су спознали ризик исувише касно, што је

одгодило смањивање леверица и проузроковало продају имовине „преко ноћи“.

Ако за тренутак претпостави да је тачна теза аутора да понашање тржишних учесника одступа од рационалног модела, читалац ће се вероватно запитати каква је вредност таквог налаза. Да ли нас то само удаљава од предвиђања нове кризе и креирања адекватног регулаторног оквира који би предупредио околности које доводе до њеног наступања? Пре него што објасне своју теоријску алтернативу рационалним очекивањима, коју су назвали дијагностичка очекивања, аутори представљају свој модел настанка кризе који се заснива на претпоставци „занемареног ризика“. Тај модел треба да објасни зашто у условима када учесници на тржишту, инвеститори и финансијске институције потцењују ризик неизвршења финансијска криза може да наступи независно од ситуација које су описане моделима моралног хазарда и јуриша на банке. У њиховом моделу привредни субјекти су инвеститори који су заинтересовани за сигурне финансијске инструменте и финансијски посредници, инвестиционе банке, које купују хипотекарне кредите на тржишту и један део свог портфолија трансформишу у хипотекарне хартије од вредности у процесу секуритизације, а други део, који чине ризичнија потраживања, задржавају у сопственој активи као опште обезбеђење свих поверилаца. Прва интуитивна последица коју модел предвиђа јесте да у условима потцењеног ризика долази до прекомерног издавања хипотекарних хартија од вредности, будући да већи део портфолија задовољава праг ризика инвеститора. Сама чињеница да је дошло до неефикасне алокације ризика, односно да су инвеститори заправо изложени ризику преко жељеног прага, доводи до тога да, једном када га постану свесни, желе да продају своје хартије од вредности, што у условима мале ликвидности издаваоца ствара велики притисак који обара цене тих инструмената. Аутори наглашавају да њихова цена често пада испод реалне вредности, што може да проузрокује инсолвентност финансијских посредника. Модел такође предвиђа да се у условима велике тражње за хипотекарним хартијама од вредности, услед потцењеног ризика, хипотекарни кредити одобравају корисницима ниског кредитног рејтинга. Коначно, прекомерно пласирање кредита има за последицу малу ликвидност банака која, у тренутку када тржиште спозна стварни ризик ненаплативости кредита, убрзава продају имовине на секундарном тржишту, што даље доводи у питање њихову солвентност.

Будући да погрешна перцепција ризика заузима централно место у описаном моделу финансијске кризе, аутори у наредном поглављу нуде преглед емпиријских истраживања која показују да очекивања тржишних учесника оповргавају хипотезу рационалних очекивања. Циљ тих истраживања је да објасне да су грешке у

предвиђању кретања на финансијском тржишту не само систематске, већ и да се могу предвидети на основу информација које су постојале у тренутку када су та очекивања формирана. Грешке се јављају као последица екстраполације – процеса који подразумева да инвеститори, финансијске институције, аналитичари и менаџери формирају своја очекивања будућих кретања на тржишту на основу кретања у непосредној прошлости. Последица екстраполативних очекивања је претерани оптимизам у добрим временима, односно претерани песимизам у лошим и уопште претерана реакција тржишта на финансијске вести било које врсте. Аутори велику пажњу посвећују налазима анкета, односно износе мишљење да оне имају важну аналитичку вредност у предвиђању финансијских криза. Истраживања на која се позивају најпре показују да су очекивања тржишних учесника исказана у анкетама конзистентна са њиховим финансијским одлукама. Осим тога, резултати анкета потврђују хипотезу о екстраполативним очекивањима. Коначно, постоји висока корелација између снажно позитивних очекивања исказаних у анкетама и нижих приноса у наредном периоду, као последица прецењивања вредности финансијских инструмената. Са нешто мање кредибилности аутори настоје да објасне сличну узрочно-последичну везу на тржишту кредита и дужничких хартија од вредности. Претерани оптимизам тржишта, исказан у приносима акција банака и других кредитних институција, подстиче велику експанзију кредита која, нарочито када су у питању високоризични кредити, изазива наступање кризе и рецесије. Ослањајући се на емпиријска истраживања која користе дуге временске серије, у том делу књиге аутори желе да покажу да вредност њиховог налаза превазилази разматрања ситуације из 2008. године.

Пре него што образложе свеобухватну теорију кредитних циклуса као крајњи циљ свог истраживачког подухвата, Ђенајоли и Шлајфер се осврћу на психолошки механизам који објашњава искривљена очекивања. Као полазну основу свог модела користе доприносе у области бихевиористичке економије, посебно Канемана и Тверског, који су први указали на пристрасност расуђивања, коју су назвали репрезентативношћу. Она подразумева да појединци процењују вероватноћу на основу сличности са неком карактеристиком или догађајем који могу лако да призову. Репрезентативност утиче на очекивања тако што мења перцепцију вероватноће – репрезентативне типове је лакше призвати и зато се прецењује њихова учесталост у популацији. У контексту финансијских тржишта, информација која мења вероватноћу неког исхода, као што је, на пример, раст цена некретнина или финансијских инструмената у непосредној прошлости, постаје репрезентативна, због чега тржишни учесници имају склоност да прецењују потенцијални раст цена у будућности.

На основу тих налаза, Ђенајоли и Шлајфер су створили модел дијагностичких очекивања који се заснива на занемаривању ризика и екстраполацији информација на финансијским тржиштима. Модел претпоставља да информација која је репрезентативна утиче на то да привредни субјекти пристрасно перципирају расподелу вероватноће, што се односи и на њену средњу вредност и на њену варијансу. Дистинкција између та два елемента расподеле вероватноће је, према мишљењу аутора, важна јер се промене средње вредности везују за екстраполацију, а промена варијансе за занемаривање ризика. Период пре кризе у коме су порасле цене некретнина и у коме је дошло до експанзије хипотекарних кредита и хипотекарних хартија од вредности аутори објашњавају процесом екстраполације добрих резултата из прошлости, који су истовремено утицали на раст очекиване вредности приноса и учинили лоше резултате мање репрезентативним, што је утицало на потцењивање ризика. Интересантно је да у периоду након што су цене на тржишту некретнина почеле да падају у лето 2007. године до пропасти Лиман брадерса, реакција тржишта није била драматична, осим што је успорено издавање хипотекарних хартија од вредности. Аутори сматрају да је то последица промене очекиване вредности приноса на те инструменте, али не и варијансе, будући да је процес секуритизације уливао сигурност да финансијске институције нису изложене прекомерном ризику. Управо је пропаст Лиман брадерса утицала на то да тржишни учесници ревидирају своју перцепцију варијансе приноса, пошто је пропаст једне важне финансијске институције тај ризик учинила репрезентативним. Пошто процес екстраполације делује и у односу на негативне вести, реакција тржишта која је уследила резултат је прецењеног ризика, односно прекомерног песимизма.

Последњи део књиге посвећен кредитним циклусима на аналитичком плану не доноси ништа ново, осим што инкорпорира све претходне налазе у макроекономски модел у коме се циклуси експанзије и контракције кредита смењују као последица промене у дијагностичким очекивањима. Најважнија разлика у односу на модел рационалних очекивања је то што тржишни учесници прекомерно реагују на доступне информације, што узрокује снажну експанзију ризичних кредита, као последицу добрих вести, и снажну контракцију, као последицу лоших вести, уз високо колебање приноса. Осим ризичних кредита, моделом је предвиђен сличан образац кретања кредитног распона између високоризичних и нискоризичних финансијских инструмената као и инвестиција у реалној привреди.

Први утисак читаоца о књизи јесте њена пажљиво осмишљена структура, у којој свако поглавље даје одговор на специфично питање, иако читалац ни у једном тренутку не губи из вида које је његово место у аргументацији зашто су дијагностичка очекивања

најважнији, ако не и једини покретач кредитних циклуса. Иако се питања смењују, помало замара да се иза захтевних, често формалних модела, крије готово идентично објашњење. То већ указује на основну слабост књиге, а то је да је жеља за генерализацијом једне тезе однела превагу над научном темељношћу. Тако аутори, чини се сасвим неутемељено, претпостављају да су очекивања свих тржишних учесника увек и свугде иста – да нема разлике у перцепцији тржишних прилика између домаћинстава, инвеститора, менаџера, аналитичара, финансијских институција и регулатора. Затим, у одговору на многа питања аутори стављају знак једнакости између тржишта зајмовног капитала и осталих финансијских тржишта, на којима, иако су снажно повезана, важе нешто другачија правила игре. Аутори такође претендују да понуде универзалну теорију о томе како настају финансијске кризе, иако околности других историјских примера криза јасно указују на њену ограничену експланаторну моћ, посебно имајући у виду финансијске иновације које су омогућиле да излагање финансијских институција ризику буде изван домета регулатора.

Није јасно зашто аутори толико потенцирају вредност анкета, које, осим уобичајених критика, имају нарочито ограничену вредност на финансијским тржиштима, на којима је свако обелодањивање стварних намера врло упитно, било да је реч о предузећима која тргују хартијама од вредности за које би то значило мањи принос или о кредитним институцијама које јавним исказивањем својих бојазни могу само да убрзају своју пропаст. Коначно, финансијски аналитичари своје извештаје чине јавним тек онда када су их продали лицима која на основу њих тргују, а до тада су цене финансијских инструмената већ усклађене са њиховим налазима. С тим у вези, врло је неубедљива теза да чињеница да су банке делиле очекивања других тржишних учесника искључује могућност моралног хазарда. Један важан аспект те анализе који је неоправдано занемарен јесу екстерни ефекти које потенцијална пропаст кредитне институције ствара за привреду у целини, а које постојећи регулаторни оквир није интернализовао. Чак и ако се претпостави да очекивања исказана путем анкета могу да предвиде наступање кризе, да би до тога дошло, потребно је да велики број тржишних учесника у исто време настоји да прода одређене финансијске инструменте, што имплицира, макар делимично, теоријско објашњење теорије „јуриша на банке“. И теорији екстраполативних очекивања се може упутити неколико речи критике. Као што аутори и сами запажају у последњем поглављу, кључно питање је како одредити до које границе је реакција тржишта заснована на фундаменталној вредности финансијских инструмената, односно информацијама о њиховој промени, а када се она претвара у прекомерни оптимизам или песимизам. Због непостојања јасног ме-

тода којим се прави поменута дистинкција, теорија дијагностичких очекивања има малу вредност у спречавању нових криза. Коначно, емпиријска истраживања на која се аутори ослањају махом се заснивају на корелацијама, што поједине налазе о доказним узрочно-последичним везама чини помало „натегнутим“. Упркос описаним недостацима који произилазе из превелике амбиције аутора, основна идеја је врло занимљива и нуди иновативно објашњење за три различита периода која су имала специфичну улогу у наступању глобалне финансијске кризе. Ово није књига намењена неакадемској публици, а стручна јавност ће је вероватно лепо примити – повезује толико различитих области да из ње свако може нешто да научи.

Валерија Дабетић, мастер*

Brian Z. Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2017.

Када говоримо о савременој социологији права и теоретичарима који су значајно допринели развоју ове научне дисциплине, незаобилазно је осврнути се на рад америчког аутора Брајана Таманахе (*Brian Z. Tamanaha*) и његово последње дело *A Realistic Theory Of Law*. У тој књизи, Таманаха развија идеју да су право и друштво нераскидиво повезани и излаже емпиријски утемељену теорију природе права која своју примену може наћи у различитим историјским периодима и различитим друштвима. Аутор те холистичке визије права истиче да је право конституисано у односу на друштвени контекст – друштвене групе, друштвене структуре, друштвене институције – али да релевантан утицај на његово креирање имају и културни, политички, економски, еколошки и технолошки фактори. Узимајући у обзир да се друштвени контекст стално развија и мења, право константно еволуира заједно са њим те, како Таманаха и сам каже, његова реалистичка теорија није коначна. Правећи отклон према теоријама природног права и аналитичке јуриспруденције, он своју реалистичку перспективу темељи на прагматизму и „здраворазумском реализму“. Таманахин реализам може бити схваћен и као социолошки конструктивизам јер наглашава да право није апстрактан ентитет, те као такав неповезан са контекстом, већ је реално повезан са елементима друштвеног контекста и „укорењен у историји друштва“. Такво виђење се заснива на идеји да је право подложно историјским и друштвеним утицајима и да се једино кроз емпиријску призму може потпуно разумети.

Након уводног дела, аутор своје прво поглавље посвећује двема главним теоријама у односу на које гради своју теорију – теоријама природног права и аналитичке јуриспруденције (правни позитивизам), наглашавајући мане које производи њихов антагони-

* Ауторка је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *valerija.dabetic@ius.bg.ac.rs.*

зам. Држећи се чврсто својих супротстављених позиција, ти правци постају уски, апстрактни, аисторијски и као такви се одвајају од друштва које заједно са правом треба да буде предмет њиховог истраживања, сматра Таманаха. Таманахин реализам може једино да се схвати у контексту поменутих опозиција јер управо на недостацима тих теорија он смешта трећи, неоправдано занемарен приступ – историјско-социолошку јуриспруденцију. Таманаха наглашава да историјско-социолошка „перспектива“ или „оријентација“ коју он назива „социолошко-правна теорија“ (*social legal theory*) представља једну грану јуриспруденције, док је реалистичка теорија права, коју елаборира у овој књизи, једна верзија социолошко-правне теорије. У тој перспективи, право се дефинише као друштвена институција која се развија у интеракцији са другим друштвеним сегментима и производи последице по то исто друштво. Ревитализацију тог алтернативног приступа аутор правда чињеницом да правне теорије не настају у интелектуалном или културном вакууму већ су производ друштвених и историјских утицаја. Право је и само друштвена појава, стога правне теорије не треба да занемаре друштвени контекст и историјску димензију права. Таманаха оживљава запостављене идеје које датирају још од Монтескјеа, Адама Смита, Фридриха вон Савињија, Хенрија Мејна, Рудолфа вон Јеринга, Оливера Вендела Холмса, Еугена Ерлиха и Макса Вебера. Аутор се ослања на рад тих великана због тога што они право виде као облик друштвеног живота, а развој права схватају као вишедимензионални друштвено-историјски раст.

Адекватан одговор на вечито питање шта је право Таманаха даје у другом поглављу своје књиге. Заговарајући идеју да је право „друштвено-историјски феномен који може имати различите форме и функције у различитим временима и местима“, он објашњава да на питање шта је право можда никад није дат коначан одговор, зато што одговора заправо и нема. Право је пре свега концепт потекао из народа, наглашава Таманаха, те је право у ствари све оно што људи виде и означе као право. Како би створили теоријски концепт права, теоретичари су направили грешку јер су, правећи јаз са друштвеним контекстом, правни систем свели на обичан систем правила. Друга основна грешка правних теоретичара је то што су своја проучавања увек заснивали на праву утемељеном од државе, а нису се бавили другим колективно признатим облицима права која некад имају јачу снагу од државног права (обичајно право, религијско право, међународно право итд.). Право се не може дефинисати на јединствен начин, сматра Таманаха, већ се адекватан одговор може остварити само прихватањем идеје правног плурализма.

У трећем поглављу Таманаха указује на још једну ману досадашњих теорија права које су покушавале да утврде нужне и опште елементе које право мора да садржи како би могло да се назове правом у сваком времену. Правећи аналогију са водом и тврдећи да је H_2O оно што воду чини водом, Џозеф Раз и Скот Шапиро заборављају да се такво објашњење или структура не може пронаћи за право. Они занемарују чињеницу да постоје онтолошке разлике између воде, као трајне хемијске структуре, и права, као друштвене конструкције која се мења током времена. Ти теоретичари, као и њихови следбеници, суштинске карактеристике права најчешће дефинишу *a priori* и без емпиријске основе, те на тај начин неретко искључују друге облике права (обичајно право, религијско право, међународно право итд.). Таманаха додаје да је немогуће утврдити универзалне елементе за нешто што нема трајну и кохерентну структуру. Он изражава сумњу да је ова идеја о нужним елементима права можда једино опстала због константног понављања и упорног инсистирања водећих имена. Управо зато он своју реалистичку теорију не заснива концептуално *a priori*, него емпиријски, то јест *a posteriori*, испитујући како су различити облици права стварани у различитим историјских периодима, како људи доживљавају право, с којом сврхом је стварано и које друштвене последице је произвело. Због своје природе подложне променама, Таманаха сматра да је „право све оно што људи идентификују као право и према чему се, у друштвеном животу, односе као да је право“.

Сагледавајући право на различитим нивоима друштвене комплексности, као и начин на који се оно развија и мења у интеракцији са друштвеним, политичким, економским, еколошким, технолошким и културним утицајима и околностима, у четвртом поглављу Таманаха излаже своје „генеалошко виђење права“. Пратећи развој права од друштава ловаца и сакупљача, племенских заједница, све до савремене државе, Таманаха потврђује став неких антрополога да је право одувек постојало, само не у облику у коме га ми данас схватамо. Иако је досадашња Таманахина анализа у великој мери била конгруентна са ставовима Херберта Харта, јер се обојица ослањају на дескриптивну социологију и виде право као друштвени феномен, овде се њихова мишљења раздвајају. Харт негира да је право постојало у примитивним друштвима јер таква друштва одликује једноставан режим примарних правила. Примарна правила, то јест правила о обавезама, незванична су и, према Хартовом виђењу, у целини пате од озбиљних недостатака (неодређеност, статички карактер и неефикасност), те као таква не могу да формирају систем правила. Истичући разлику између примарних правила, карактеристичних за претправни свет и секундарних правила, која једина могу да исправе поменуте недостатке примарних правила, Харт сматра да једино

њиховим комбиновањем можемо говорити о правном систему.[1] Таманаха, с друге стране, истиче да је право стално у настајању јер се друштво константно мења и еволуира, па смо сведоци коегзистирања различитих варијација првих облика права, заједно са правом у савременом смислу речи. Таманаха истиче да постоје сличности између „права“ у ранијим заједницама и права у савременом друштву. Сада, као и некада, право регулише скоро исте категорије друштвеног живота, чиме омогућава друштвену стратификацију, промовише неједнакости и неретко представља оруђе у рукама елита које га користе за инструментализацију својих интереса.

Критика доминантних теоријских схватања, теорија природног права и аналитичке јуриспруденције наставља се и у петом поглављу. Према Таманахином мишљењу, досадашње теорије омануле су у још нечему – да до краја објасне право у савременом друштву. Ако прихватимо да живимо у „ери организација“, онда не можемо ограничити право само на његову функцију уређивања друштвених односа и видети државу као ствараоца права. Морамо узети у обзир да се држава ослања на то право, које, према Таманахином мишљењу, користи и инструментализује за: а) одржавање на власти и заштиту сопствених институција, б) уређивање интерних управљачких односа и в) остваривање својих интереса и циљева.

У последњем поглављу Таманаха се бави односом између државног и међународног права. Иако су теоретичари међународног права склони да тај однос посматрају монистички (јединствен систем права заснован на свеобухватном међународном правном систему са државним правним системима као подсистемима) или дуалистички (као међусобно независне системе права са различитим изворима и предметима), Таманаха сматра да оба схватања изобличавају тај однос. Иако је природно да их видимо као одвојене, погрешно је размишљати о њима као о засебним ентитетима. Они су се увек мешали, а међународно право, према Таманахином мишљењу, није јединствен, хијерархијски правни систем.

Таманаха закључује да је право (и све оно што се подразумева под правом) све оно чему друштвене групе конвенционално приписују ознаку „закон“ и да се облици права конституишу и развијају у вези са околностима. Овако холистички схваћена дефиниција права може бити неограничено примењена на сваки друштвени контекст. Иако широко примењива, та помало еклектичка дефиниција отвара многа питања. Које то друштвене групе креирају право? Да ли је право одраз равноправности или креација оних који имају моћ да наметну сопствене интересе као опште? Иако истиче да сви облици права

[1] Херберт Харт, *Појам права*, Правни факултет Унверзитета у Београду – ЈП Службени гласник, Београд 2013, 151–153.

делују у друштвеном простору и зависе од других норми, правила и институција, као што су обичаји, морал, праксе, језик, идеологија, Таманаха не негира да су моћне друштвене групе успешније у стварању права, те оно представља конститутивни аспект њихове друштвене, економске и политичке моћи.

Врлина сваке Таманахине књиге, па и ове, јесте језик и стил којим је написана. Као и остале његове књиге, и ова се лако чита и добро разуме. Ипак, према нашем мишљењу, највећа врлина ове књиге јесте повратак историјско-социолошког приступа на научну сцену јер би, без тог приступа, јуриспруденција остала осиромашена. Сагласни смо са Таманахиним ставом да заиста не стоје приговори, које истичу неки теоретичари доминантних ривалских теорија, да је историјско-социолошка перспектива недовољно научна због свог емпиријског темеља. Предмет истраживања теорије природног права и теорије аналитичке јуриспруденције јесте право које треба да уреди односе у друштву. Како објаснити шта је право, како уопште створити право, ако занемарујемо друштво у његовој потпуној комплексности и противречности? Иако та три правца на први поглед немају много заједничког (разликују се у предмету, методу и циљевима истраживања), они заправо могу да буду комплементарни. Користећи се заједничким сазнањима, те теоријске перспективе могу да продубе већ стечена знања, да отворе нова истраживачка поља и идеје, али и да евентуално отклоне постојеће грешке. Потпуно искључивање историјско-социолошког приступа може само да ускрати стварање нових плодних теорија, сматрају не само Брајан Таманаха, већ и други познати аутори као што су Брајан Лајтер, Вилијам Твајнинг и Денис Галиган.

Друга предност овог дела је критика пре свега представника аналитичке јуриспруденције који су, у покушају да створе општу теорију права која се може применити за сва времена и за сва друштва, своје истраживање ограничили на државно право. Узимајући у обзир историјску димензију, на којој Таманаха инсистира у целој књизи, видимо да државно право није било одувек доминантно већ је то постало тек средином 19. века. Држећи се чврсто општих елемената које право мора да поседује да би било право, ти теоретичари су занемарили друге форме права које су постојале пре стварања државног права у модерном смислу речи, а које и данас успешно коегзистирају са државним правом, понекад и са јачим утицајем.[2] Овде Таманаха није усамљен јер његова критика иде у корак са критиком Дениса Галигана која је упућена Хартовом схватању модерног

[2] У прилог својој тврдњи Таманаха наводи пример великог броја земаља у развоју у Африци, у којима обичајно право постоји упоредо са државним правом, чак је и доминантно у решавању спорова.

правног поретка. Према Галигановом мишљењу, Харт се највише бавио развијеним правним системима који су му блиски, те је на тај начин све модерне правне поретке свео на један појам који претежно обухвата западна друштва.[3] Тако мисли и Таманаха.

Таманаха је плодан аутор и теоричар права и односа права и друштва, зато не сумњамо да ће ова књига лако наћи пут, не само до читалачке публике у области теорије и социологије права, већ и шире. Његове раније књиге *Failing Law Schools* (2012), *Beyond the Formalist-Realist Divide* (2010), *Law as a Means to an End* (2006), *On the Rule of Law* (2004), *A General Jurisprudence of Law and Society* (2001), *Realistic Socio-Legal Theory* (1997) изазвале су велико интересовање. Сигурни смо да ће то бити случај и са овом јер, иако се читаоци можда неће сложити са свим Таманахиним идејама, ова књига је вредна читања.

[3] Више вид. Denis J. Galligan, *Law in Modern Society*, Oxford University Press, Oxford 2007, 20–22.

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

ИЗБОРИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ ОД ДЕЦЕМБРА 2017. ГОДИНЕ ДО ДЕЦЕМБРА 2018. ГОДИНЕ

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 25. децембра 2017. године, донело је одлуку о избору:

ВАЛЕРИЈЕ ДАБЕТИЋ, мс. права, у звање асистента за ужу научну област Социологија права – предмет Основи социологије права.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 25. децембра 2017. године, донело је одлуку о избору:

МАРИЈЕ ВЛАЈКОВИЋ, мс. права, у звање сарадника у настави за Међународноправну ужу научну област – предмет Увод у право европских интеграција.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 12. фебруара 2018. године, донело је одлуку о избору:

БОЈАНЕ ТОДОРОВИЋ, мс. права, у звање асистента за Управноправну ужу научну област – предмет Управно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 20. фебруара 2018. године, донело је одлуку о избору др ВЛАДИМИРА ВУЛЕТИЋА, доцента, у звање ванредног професора за ужу научну област Правна историја – предмет Римско право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 20. фебруара 2018. године, донело је одлуку о избору др ДАНИЛА ВУКОВИЋА, доцента, у звање ванредног професора за ужу научну област Социологија права – предмет Основи социологије права.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 20. фебруара 2018. године, донело је одлуку о избору др НАТАЛИЈЕ ЛУКИЋ, асистента, у звање доцента за ужу научну област Кривично право – предмет Криминологија.

Сенат Универзитета у Београду, на седници од 21. марта 2018. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 25. децембра 2017. године и мишљења Већа научних области правно-економских наука од 20. фебруара 2018. године, донео је одлуку о избору др ВУКА РАДОВИЋА, ванредног професора, у звање редовног професора за Пословноправну ужу научну област – предмети Компанијско право, Трговинско право и Стечајно право.

Сенат Универзитета у Београду, на седници од 21. марта 2018. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 12. фебруара 2018. године и мишљења Већа научних области правно-економских наука од 20. фебруара 2018. године, донео је одлуку о избору др ДУШАНА ПОПОВИЋА, ванредног професора, у звање редовног професора за Пословноправну ужу научну област – предмети Право интелектуалне својине и Право конкуренције.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 10. априла 2018. године, донело је одлуку о избору др МИЛОША МИЛОШЕВИЋА, доцента, поново у звање доцента за ужу научну област Јавне финансије и финансијско право – предмети Пореско право и Право међународних пореских уговора.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 24. априла 2018. године, донело је одлуку о избору:

НИКОЛЕ ИЛИЋА, мс. права, у звање асистента за ужу научну област Економија и право (Економска анализа права) – предмет Основи економије.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 23. маја 2018. године, донело је одлуку о избору:

АНЕ ОДОРОВИЋ, мс. права, поново у звање асистента за ужу научну област Економија и право (Економска анализа права) – предмет Основи економије.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 5. јуна 2018. године, донело је одлуку о избору др АЛЕКСАНДАРА ГАЈИЋА, доцента, у звање ванредног професора за Међународноправну ужу научну област – предмети Међународно јавно право и Увод у право европских интеграција.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 28. јуна 2018. године, донело је одлуку о избору:

НОВАКА ВУЈИЧИЋА, мс. права, у звање асистента за Пословноправну ужу научну област – предмет Право интелектуалне својине.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 28. јуна 2018. године, донело је одлуку о избору:

МАШЕ МИШКОВИЋ, мс. права, у звање асистента за Пословноправну ужу научну област – предмет Трговинско право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 28. јуна 2018. године, донело је одлуку о избору:

ЛИДИЈЕ ЖИВКОВИЋ, мс. права, у звање сарадника у настави за ужу научну област Јавне финансије и финансијско право – предмети Пореско право и Право међународних пореских уговора.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 18. септембра 2018. године, донело је одлуку о избору:

мр ДРАГАНА ПАВИЋА у звање асистента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Облигационо право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 18. септембра 2018. године, донело је одлуку о избору:

УНЕ ДИВАЦ, мс. права, у звање сарадника у настави за ужу научну област Правна историја – предмет Упоредна правна традиција.

Сенат Универзитета у Београду, на седници од 19. септембра 2018. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 25. јуна 2018. године и мишљења Већа научних области правно-економских наука од 10. јула 2018. године, донео је одлуку о избору др ИГОРА ВУКОВИЋА, ванредног професора, у звање редовног професора за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 24. септембра 2018. године, донело је одлуку о избору др БОЈАНЕ ЧУЧКОВИЋ, доцента, у звање ванредног професора за Међународноправну ужу научну област – предмети Међународно јавно право и Људска права.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници од 24. септембра 2018. године, донело је одлуку о избору др ФИЛИПА БОЈИЋА, асистента, у звање доцента за Радноправну ужу научну област – предмет Радно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 29. октобра 2018. године, донело је одлуку о избору:

ИВАНЕ МИЉУШ, мс. права, у звање сарадника у настави за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично процесно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 29. октобра 2018. године, донело је одлуку о избору:

ИВАНЕ РАДИСАВЉЕВИЋ, мс. права, у звање сарадника у настави за ужу научну област Кривично право – предмет Казнена одговорност правних лица и прекршајно право.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ*

Чланци предати за објављивање у часопису *Анали Правног факултета у Београду* подлежу обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензената.

Радови се предају у електронском облику на адресу *anali@ius.bg.ac* или путем платформе за електронске публикације Правног факултета Универзитета у Београду на *http://ojs.ius.bg.ac.rs/*.

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Уколико текст пређе дозвољени обим, биће одмах враћен аутору на неопходно скраћивање. Рецензенти неће бити одређени све док дужина текста не задовољи предвиђени обим.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводе се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти која се означава звездицом, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци" мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи. На крају текста се налази резиме (*summary*) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику. Додатно, потребно је навести и списак литературе, фонт *Times New Roman* 11. Списак обухвата уџбенике, монографије и

* Почев од броја 2/2019 часописа *Анали Правног факултета у Београду* примењиваће се нова упутства за ауторе. Нова упутства су доступна на: *http://ojs.ius.bg.ac.rs/public/journals/1/Uputstvo_za_autore_(SRB)_2019.pdf* (на српском језику) и *http://ojs.ius.bg.ac.rs/public/journals/1/Guidelines_for_Authors_(ENG)_2019.pdf* (на енглеском језику).

чланке цитиране у раду, као и интернет адресе на којима су доступни. Приликом навођења литературе, прво се наводи презиме, затим прво слово имена цитираног аутора, а потом остали подаци у складу са правилима цитирања.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италик словима (фонт 12) итд., мањим фонтом.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији. У супротном Редакција може да прекине сваку будућу сарадњу с аутором.

Етички кодекс је доступан на интернет страници *Анала*.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

Анали Правног факултета у Београду излазе квартално – три домаћа издања и једно међународно (број 4) и то крајем марта, јуна, септембра и децембра. Рокови за пријаву радова су 31. јануар за први број, 30. април за други број, 31. јул за трећи број и 31. октобар за четврти (међународни) број.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., p., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994^3).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига).

Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора. Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали ПФБ*) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Ако се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995a), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље" с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995a), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid*.

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid*., 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds." пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.", односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg."). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са назнаком „ур." пре имена.

Пример: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights", *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. Прописи се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означавају се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12 итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. пишу се курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e. asp*, 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна бибилиотека Србије, Београд

34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade Law review : Journal of Legal and Social Sciences / главни уредник Марија Караникић Мирић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . – Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Службени гласник). – 24 cm

Тромесечно. – Сваки 4. број у години на енгл. језику. – Drugo izdanje na drugom medijumu: Анали Правног факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693. – ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514

У ОВОМ БРОЈУ:

ISSN 0003 2565

